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

{T 0/2}

Geschäfts-Nr. B-5084/2007/aeb

Zwischenentscheid vom 8. November 2007

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz), Richter Marc Steiner, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiberin Barbara Aebi.

In der Beschwerdesache

Parteien

X._____ GmbH,
vertreten durch Herrn Rechtsanwalt
Gaudenz F. Domenig, Prager Dreifuss Rechtsanwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG,
vertreten durch die Herren Advokaten Stefan Escher, Daniel Roten und Fabian Troger, Escher & Roten Advokatur und Notariat,
Vergabestelle,

Gegenstand

öffentliches Beschaffungswesen (Vergabe Erneuerung Funksystem Matterhorn Gotthard Bahn),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Am 27. April 2007 schrieb die Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG (im Folgenden: die Vergabestelle) im Amtsblatt des Kantons Wallis unter dem Titel "Erneuerung des Funknetzes" einen "Lieferauftrag" im offenen Verfahren aus. Gegenstand des Auftrages ist die "Lieferung und Inbetriebnahme eines neuen Funksystems".

Verlangt wurde gemäss den Ausschreibungsunterlagen die Offerte zweier "Varianten": Eine "Variante Furka 1", die eine Erneuerung des gesamten Funksystems jedoch ohne Intergration öffentlicher Mobilfunkanbieter vorsieht, sowie eine "Variante Furka 2", die zusätzlich eine Ausrüstung für die Mobiltelefonie miteinschliesst. Für beide Varianten wurde weiter eine Offerte für den Unterhalt für einen Zeitraum von zehn Jahren verlangt, einmal als "Wartungsvariante 1" ("alles Vollwartung") und einmal als "Wartungsvariante 2" ("alles On-Call-Wartung"). In den Ausschreibungsunterlagen hielt sich die Vergabestelle vor, den Zuschlag mit Einbezug der Variante "Furka 1" oder der Variante "Furka 2" sowie den Zuschlag ohne Wartung oder mit Einbezug der "Wartungsvariante 1" oder der "Wartungsvariante 2" zu erteilen. Der Zuschlag erfolge auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Wirtschaftlichkeit werde durch die folgenden gewichteten Kriterien bestimmt: Preis (einmalige & wiederkehrende Kosten kumuliert) 40%; Lösung (Erfüllungsgrad und Anforderungen) 20%; Betrieb und Unterhalt 20%; Qualität der Offerte 15% sowie Qualität der Referenzen 5%.

Am 25. Mai 2007 fand für interessierte Anbieter eine Begehung statt. Im Anschluss daran wurden der Vergabestelle Fragen unterbreitet.

Der konsolidierte und von der Vegabestelle beantwortete Fragenkatalog wurde den Anbietern am 31. Mai 2007 zugestellt.

B.
Am 12. Juni 2007 wurden die Offerten im Beisein von Vertretern der Anbieter geöffnet. Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll wurde von der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin zu folgenden Preisen offeriert:

Die Beschwerdeführerin kam mit einer Eingabesumme für Investitionen von netto Fr. 3'926'674.- (inkl. MwSt) für die Variante Furka 1 auf ein Total mit Wartungs-Variante 1 von netto Fr. 5'126'171.- (inkl. MwSt) respektive auf ein Total mit Wartungs-Variante 2 von netto Fr. 4'352'390.- (inkl. MwSt). Die Variante Furka 2 bot sie ausgehend von netto Fr, 5'253'747.- (Eingabesumme f. Investitionen) für total Fr. 6'453'244.- (Wartungsvariante 1) respektive Fr. 5'679'463.- (Wartungsvariante 2) an, alles je inkl. Mehrwertsteuer.

Die Angebote der Zuschlagsempfängerin betrugen bei der Variante Furka 1 ausgehend von einer Eingabesumme für Investitionen von netto Fr. 3'386'732.- total Fr. 3'910'993.- (mit Wartungsvariante 1) resp. total Fr. 4'046'083.- (mit Wartungsvariante 2) alles je inkl. Mehrwertsteuer. Die Variante Furka 2 offerierte sie ausgehend von netto Fr. 3'901'000.- (Eingabesumme für Investitionen) total für Fr. 4'499'157.- (mit Wartungsvariante 1) respektive Fr. 4'708'142.- (mit Wartungsvariante 2), wiederum alles inkl. Mehrwertsteuer.

Nach der Offertöffnung kam es zwischen der Vergabestelle und den Anbietern zu diversen Email-Kontakten. In deren Folge berechnete die Beschwerdeführerin ihr Angebot für die Variante Furka 1 zweimal neu: Begründet wird die in beiden Fällen gleiche Änderung der Investitionen im Wesentlichen damit, dass nun (teilweise) anstelle eines 1 5/8" Kabels ein 7/8" Kabel berechnet worden sei. Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin fand auch eine Anbieterpräsentation statt.

C.

Am 5. Juli 2007 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag für die Lieferung und Inbetriebnahme des neuen Funksystems (Vergabe aufgrund der Variante Furka 1, Wartungsvariante 1) zum Betrag von Fr. 4'008'819.- inkl. Mehrwertsteuer an die Y._____. Zur Begründung wurde festgehalten, dass die Y._____ (im Folgenden: die Zuschlagsempfängerin) das wirtschaftlich günstigste Angebot offeriert habe und die Ausschreibungsbedingungen gemäss Pflichtenheft vollumfänglich erfülle. Dem im Schreiben vom 5. Juli 2007 geschilderten Sachverhalt kann entnommen werden, dass die Zuschlagsempfängerin bei einem Angebotspreis von Fr. 4'008'819.- (inkl. Mehrwertsteuer) und 80.92 gewichteten Punkten den ersten Rang einnahm. Die Beschwerdeführerin wurde mit einem Angebot von Fr. 5'126'171.- (inkl. Mehrwertsteuer) und 69.36 gewichteten Punkten im zweiten Rang klassiert.

D.
Mit Eingabe vom 25. Juli 2007 erhob die X._____ GmbH (im Folgenden: die Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den Vergabeentscheid vom 5. Juli 2007. Dabei beantragt sie in materieller Hinsicht, die Zuschlagsverfügung aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen und ihr den Zuschlag zu erteilen. In formeller Hinsicht stellt sie die Anträge, der Beschwerde (superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung zu erteilen, die Akten der Vergabeinstanz beizuziehen und ihr umfassende Akteneinsicht zu gewähren, sofern und soweit dem nicht überwiegende Interessen entgegenstünden, sowie ihr nach Akteneinsicht Gelegenheit zur ergänzenden Begründung und Antragstellung zu gewähren bzw. einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle.

Zur Begründung ihrer Anträge bringt sie im Wesentlichen vor, die Zuschlagsempfängerin hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, da sie mit ihrem Angebot die Ausschreibungsbedingungen bezüglich des strahlenden Kabels (7/8" statt 1 5/8"), der Anzahl Kabelverstärker (12 statt 16) und Endgeräte sowie der in sprachlicher Hinsicht gestellten Anforderungen (Abgabe von französischen statt nur deutschen und englischen Unterlagen) nicht erfülle. Vorgehalten wird der Zuschlagsempfängerin zudem eine spekulative Preisgestaltung sowie eine fehlerhafte Preiseingabe. Zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. der in diesem Zusammenhang durchzuführenden Interessenabwägung hält die Beschwerdeführerin fest, der Nachteil, den sie in Kauf nehmen müsste, sei offenkundig, würde sie doch einen wichtigen Auftrag im Betrag von über Fr. 5 Mio. nicht erhalten. Demgegenüber müsste die Vergabestelle noch etwas länger mit dem bestehenden grundsätzlich funktionierenden System arbeiten, mit dem diese keine wirklichen Probleme habe. Die aufschiebende Wirkung könne der Beschwerde daher ohne Weiteres gewährt werden.

E.
Am 17. August 2007 äusserte sich die Vergabestelle. Unter Hinweis auf ein von ihr ins Recht gelegtes Schreiben von Herrn Dr. W._____, A._____ Group, bestreitet sie die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, da es sich bei der Vergabe um einen Dienstleistungsauftrag (CPC 7526, allenfalls CPC 7424, zitiert in E. 1.1.2) im Bereich des Fernmeldewesens handle, der nicht unter das BoeB (zitiert in E. 1.1.1) falle. Da die Beschwerdeführerin auch im Falle einer Aufhe-

bung des Zuschlags keine Chance auf dessen Erteilung habe, wie sich auch aus einer Tabelle ergebe, die von ihr zum theoretischen Angebotsvergleich erstellt worden sei (Tabelle 1; Vergleich der bei der Vergabe berücksichtigten Offerten; Vergleich der Offerten, mit der hypothetischen Annahme, dass auch die Zuschlagsempfängerin ein 1 5/8" Kabel angeboten hätte), stellt die Vergabestelle auch die materielle Beschwer und somit die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin in Frage. Dass die Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt habe, wird bestritten. In Bezug auf die aufschiebende Wirkung macht die Vergabestelle geltend, dass die Erneuerung nicht weiter hinausgezögert werden dürfe, dabei weist sie auf diverse Mängel des heutigen Systems und die damit verbundenen Gefahren hin. Die Frage der Akteneinsicht wird von der Vergabestelle schliesslich ganz ins gerichtliche Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts gelegt.

F.
Die Zuschlagsempfängerin liess sich mit Schreiben vom 17. August 2007 vernehmen. Dabei verzichtete sie darauf, sich als Partei zu konstituieren und Anträge zu stellen. Gleichzeitig verwehrt sie sich jedoch gegen ein umfassendes Akteneinsichtsrecht seitens der Beschwerdeführerin, zumal die Gewährung eines solchen Rechts hier nicht sinnvoll sei: Aus einem von ihr mit ihrer Eingabe ins Recht gelegten Dokument ergebe sich, dass sie 15 Kabelrepeater offeriert habe, wobei der sechzehnte in den Tunnelkopfstationen integriert worden sei. Dass sie 4 Tunnelkopfstationen anstatt der geforderten 2 offeriert habe, könne dadurch erklärt werden, dass eine der überzähligen Tunnelkopfstationen als Kabelrepeater diene und die letzte Tunnelkopfstation in der Umfahrung Oberwald verwendet werde. Der von der Beschwerdeführerin geäusserte, die Endgeräte betreffende Vorwurf nehme nicht in Kauf, dass sie einzig Neugeräte und Reservegeräte offeriert und die Altgeräte nicht mitgerechnet habe. Bezüglich des Kabels bestätige sie, ihre Offerte mit einem 7/8" Kabel eingegeben zu haben. Wie sich aus den Akten der Vergabestelle ergebe, sei dies für alle Anbieter akzeptiert worden.

G.
Mit Schreiben vom 24. August 2007 forderte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin auf, anzugeben, ob und inwieweit in die sie betreffenden Zahlen der von der Vergabestelle eingereichten "Tabelle 1" Einsicht zu gewähren sei.

Die Vergabestelle wurde erneut aufgefordert, die Vorakten vollständig einzureichen und die ihrer Ansicht nach von der Akteneinsicht auszunehmenden Aktenstücke genau zu bezeichnen. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf einen zweiten Schriftenwechsel wurde einstweilen abgewiesen. Festgehalten wurde auch, dass über den Antrag der Beschwerdeführerin um umfassende Akteneinsicht zu einem späteren Zeitpunkt entschieden und die Frist zur Erstattung der materiellen Beschwerdeantwort zu einem späteren Zeitpunkt festgesetzt wird.

Am 5. September 2007 reichte die Vergabestelle die noch ausstehenden Akten ein und hielt fest, in welche Aktenstücke ihrer Ansicht nach keine Einsicht zu gewähren ist.

Am 13. September 2007 äusserte sich die Zuschlagsempfängerin dahingehend, dass sie sich der Offenlegung der sie betreffenden Zahlen widersetze. Dabei verweist sie erneut auf das von ihr am 17. August 2007 ins Recht gelegte, von ihr erstellte Dokument "Preisangabe: Variante "Furka I"", das die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen umfassend beantworte.

Mit Schreiben vom 14. September 2007 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

H.
Am 17. Oktober 2007 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle im Rahmen der Verfahrensinstruktion um Vorlage eines Beleges bezüglich der Beteiligungsverhältnisse sowie um die Beantwortung von sich im Zusammenhang mit der Frage 48 des konsolidierten Frage- und Antwortkatalogs ergebenden technischen Fragen.

Die Vergabestelle kam diesem Ersuchen mit Schreiben vom 22. Oktober 2007 nach, dieses wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht. Die Beschwerdeführerin reichte dazu am 1. November 2007 eine Stellungnahme ein, welche der Vergabestelle am 6. November 2007 zur Kenntnis gebracht wurde.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2007 gelangte das Bundesverwaltungsgericht an die Zuschlagsempfängerin mit der Aufforderung, bezüglich des Akteneinsichtsrechts in zwei sie betreffende Aktenstücke Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 5. November 2007 stimmte die Zuschlagsempfängerin einer Einsichtnahme in diese sie betreffenden Aktenstücke ausdrücklich zu. Diese Eingabe wurde der Beschwerde-

führerin und der Vergabestelle am 6. November 2007 zur Kenntnis gebracht.

I.
Auf die dargelegten und weitere Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1

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 BRK 2006-011 vom 22. August 2006, E. 1a mit Hinweisen).

Die Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG (im Folgenden: Die Vergabestelle) ist gemäss dem von ihr ins Recht gelegten Auszug aus dem Handelsregister Oberwallis-Hauptregister Eigentümerin der Bahninfrastruktur der ehemaligen Furka-Oberalp-Bahn, umfassend namentlich Fahrbahn, Fahrleitung, Sicherungsanlagen und Bahnhöfe sowie der entsprechenden Infrastrukturanlagen der ehemaligen Eisenbahngesellschaft Brig-Visp-Zermatt. Damit eignet sie die Infrastrukturanlagen der Bahn auf der Strecke Zermatt-Disentis, sowie Andermatt - Göschenen und ist Inhaberin der Eisenbahn-Infrastrukturkonzession auf diesen Strecken. Sie stellt insbesondere Instandhaltung, Erneuerung,

Neubau und Betriebsbereitschaft der Infrastrukturanlagen der Matterhorn Gotthard Bahn Gruppe sicher. Ihr Aufgabenbereich ist den strategischen und operativen Interessen der Matterhorn Gotthard Bahn Gruppe und damit der einheitlichen Führung der integrierten Bahnunternehmung durch die Aktiengesellschaft Matterhorn Gotthard Bahn unterstellt. Die Aktienmehrheit wird vom Bund gehalten (Beilage zur Eingabe der Vergabestelle vom 22. Oktober 2007).

1.1.2 Art. 2a Abs. 2 VoeB unterstellt die Vergabestelle - 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 (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.1 sowie B-1774/2006 vom 13. März 2007 [auszugsweise veröffentlicht in BVGE 2007/13] nicht publizierte E. 1.1). Massgebend ist diesbezüglich die provisorische Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPC; VPB 69.32 E. 1c/bb mit Hinweisen).

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen ging es im vorliegend zu beurteilenden Verfahren darum, einen Generalunternehmer zu evaluieren, der in der Lage ist, das Gesamtfunksystem für die Matterhorn Gotthard Bahn (MGB) zu liefern, in Betrieb zu setzen und während der Nutzungsdauer die Wartung und den Unterhalt zu gewährleisten; der Auftrag umfasst auch sämtliche für die Ausführung notwendigen Dienstleistungen (inkl. Schulungen, Erstellen der Dokumentationsunterlagen, Schnittstellenspezifikationen und Entsorgung der bestehenden Systeme). Im Falle des Zuschlags ist mit dem Anbieter ein Werkvertrag abzuschliessen (Ausschreibungsunterlagen Teil A Ziff. 1.2.1).

Entgegen den Ausführungen der Vergabestelle liegt hier somit von vornherein nicht ein reiner Dienstleistungs-, sondern ein sowohl Dienstleistungen als auch Lieferungen umfassender gemischter Auftrag vor. Der nach Art. 2a Abs. 3 Bst. b VoeB in Verbindung mit Art. 1 der Verordnung des EVD vom 30. November 2006 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2007 (SR 172.056.12) sowohl für Lieferungen als auch für Dienstleistungen massgebende Schwellenwert ist in beiden Fällen offensicht-

lich erreicht, wobei der auf die Lieferungen entfallende Anteil der Offertsumme klar überwiegt.

Damit sind die Regeln des BoeB auf die in Frage stehende Vergabe anzuwenden.

Die von der Vergabestelle ins Blickfeld gerückte Frage, welcher dem Gesetz unterstehenden Dienstleistung die hier zu erbringenden Leistungen entsprechen bzw. wo diese in der provisorischen Produkteklassifikation der Vereinten Nationen einzuordnen wären, kann daher offen bleiben.

1.2

1.2.1 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). 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 Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).

1.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG der zuständige Instruktionsrichter bzw. die zuständige Instruktionsrichterin 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 (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. März 2007 [auszugsweise veröffentlicht in BVGE 2007/13], a.a.O., nicht publizierte E. 1.3.2; siehe dazu zustimmend Martin Beyeler, Baurecht 2/2007, S. 86, Anmerkung zu S24). Dies trifft auch auf den vorliegenden Fall zu.

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als nichtberücksichtigte Bewerberin ohne Weiteres im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

Die Prozessvoraussetzungen sind somit hier erfüllt; auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde bzw. die gestellten prozessleitenden Anträge ist daher einzutreten.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bilden allein die Fragen der aufschiebenden Wirkung und der Akteneinsicht.

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 solches 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, 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 (BVGE 2007/13 E. 2.1; Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in 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 Vergabe-

recht, 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 materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. 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. Einzubeziehen sind nach ständiger Praxis die Interessen der Beschwerdeführerin, die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2; Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006, a.a.O, E. 2b; Zwischenentscheid der BRK vom 16. November 2001, a.a.O., E. 2c; André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000, S. 685 mit Hinweisen; André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 3.21).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zuschlagsempfängerin sei in verschiedener Hinsicht von den Vorgaben in der Ausschreibung abgewichen, weshalb die Vergabestelle sie vom Verfahren hätte ausschliessen müssen: Im Einzelnen sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin ein Kabel offeriert habe, das die Ausschreibungsbedingungen nicht erfülle, statt der in der Ausschreibung verlangten 16 nur 12 Verstärkeranlagen und auch eine falsche Anzahl an Endgeräten

angeboten habe. Zu prüfen sei ferner auch, ob die Zuschlagsempfängerin die gemäss Ausschreibung Teil A, Ziff. 1.7.1. in sprachlicher Hinsicht an die Offerte gestellten Anforderungen erfüllt habe.

3.1.1 Nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieter ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002, E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der Unterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter wie auch dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 mit Verweis auf den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in VPB 70.33 E. 2a/aa). Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (Art. 19 Abs. 3 BoeB).

3.1.2 Der Offerent ist indessen nicht schon wegen unbedeutender Mängel der Offerte oder eines Verhaltens mit Bagatellcharakter auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 238 f. mit Hinweisen). Vielmehr kann das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; sowie etwa BGE 128 II 139 E. 2a) es nach der Rechtsprechung der BRK unter Umständen verlangen, dass dem Anbieter Gelegenheit gegeben wird, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben (Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, a.a.O., E. 3b/cc).

3.1.3 Ein Ausschluss aus formellen Gründen ist namentlich wegen eines unvollständigen Angebots oder wegen eigenmächtiger Änderung der Angebotsbedingungen vorgesehen. Dies auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3 mit Verweis auf Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1999 S. 341 ff. E. 3c/cc).

Gemäss Art. 22 Abs. 2 VoeB steht es den Anbietern aber frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen. Die Auftraggeberin kann diese Möglichkeit jedoch beschränken oder ausschliessen. Als Unternehmervariante wird üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Leistung (Amtslösung) abweicht (Entscheid der BRK vom 13. Februar

2006, veröffentlicht in VPB 70.51 E. 4b/cc mit Hinweis). Die sich aus dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 VoeB ergebende Pflicht zur Einreichung einer dem Amtsvorschlag entsprechenden Grundofferte wird neben der Aufgabe der Vergabestelle, alle Offerten vergleichbar zu machen, auch damit begründet, diese Pflicht der Anbieter solle sicherstellen, dass sich der Anbieter mit der Gesamtheit der Probleme des konkreten Beschaffungsgeschäfts auseinandersetzt. Eine ohne der Amtslösung entsprechendes Grundangebot eingereichte Variante führt zur Unvollständigkeit der Offerte und damit grundsätzlich zu deren Ausschluss (vgl. BVGE 2007/13 E. 5.1; Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.78 E. 3a; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 362).

3.2

3.2.1 In der Ausschreibung (Teil A, Ziff. 1.7.4.) wird zur Zulässigkeit von Varianten das Folgende festgehalten:

"Varianten zugelassen: JA, gemäss Pflichtenheft. Angebote zu Varianten unterliegen folgenden Bedingungen:
- Dass die ausgeschriebene Ausführungsart mit allen verlangten Unterlagen und vollständig ausgefülltem Leistungsverzeichnis angeboten wird.
- Die Variante muss alle Angaben enthalten, die zur technischen und finanziellen Beurteilung erforderlich sind.
- Es ist ein separates Leistungsverzeichnis mit vollständigem Positionstext mit eigener Nummerierung mit Mengen- und Preisangaben einzureichen.
- Die Rahmenbedingungen und Vorschriften der MGB gemäss den Beilagen A.2 sind einzuhalten.
- Ein genauer technischer Beschrieb der Variante ist einzureichen und die wichtigsten Pläne sind beizulegen.

Im Pflichtenheft (Submissionsunterlagen Teil C) werden die technischen und betrieblichen Anforderungen an das neue System formuliert inkl. der Anforderungen an die Realisierungsphase und die Mengengerüste für die zu beschaffenden Komponenten (Einleitung Ziff. 1). Die zukünftige Lösung wird unter anderem anhand eines Schemas (Ziff. 3, Abbildung 1) dargestellt. Detailliert festgehalten werden schliesslich die an den Beschaffungsgegenstand gestellten Anforderungen ("Anf-") sowie auf einzelne dieser Anforderungen Bezug nehmende, gemäss Ausschreibungsunterlagen Teil A Ziff. 1.9.2.7 von den Anbietern zu beantwortende Fragen ("Frg-"). Was unter einer "Variante" "gemäss Pflichtenheft" (Ausschreibungsunterlagen Teil A, Ziff. 1.7.4.) zu verstehen ist, wird nicht umschrieben.
Indessen wird zu den im Pflichtheft vorgesehenen Anforderungen in

Teil A der Ausschreibung (Ziff. 1.9.1, Abs. 2) das Folgende festgehalten:

"Sollten Anforderungen in den Submissionsunterlagen aus der Sicht des Anbieters nicht sinnvoll erscheinen, ist er aufgefordert, zusätzlich alternative Lösungen mit entsprechender, detaillierter Kostenzusammenstellung anzubieten."

3.2.2 Im vorliegenden Fall ist damit davon auszugehen, dass Unternehmervarianten (siehe dazu E. 3.1.3) grundsätzlich zugelassen sind, allerdings nur *zusätzlich* (Ausschreibungsunterlagen Teil A Ziff. 1.9.1 Abs. 2) respektive *nebst einem vollständigen Angebot*, der ausgeschriebenen Ausführungsart (Ausschreibungsunterlagen Teil A, Ziff. 1.7.4.).

Dass gemäss Ausschreibungsunterlagen Teil A Ziff. 1.9.2.7, S. 21, der Erfüllungsgrad jeder Anforderung mittels einer Ziff. von 0 (nicht erfüllt) bis 2 (vollständig erfüllt) anzugeben ist und eine Anforderung nur dann als erfüllt bzw. teilweise erfüllt (Ziff. 1) bezeichnet werden darf, wenn sie im Rahmen der offerierten Hard- und Software abgedeckt werden kann, vermag daran nichts zu ändern.

3.3 Ausgehend von den Vorbringen der Beschwerdeführerin ist somit im Rahmen einer prima facie Würdigung vorab zu prüfen, ob effektiv davon auszugehen ist, dass die Zuschlagsempfängerin eine oder mehrere Unternehmervarianten einreichte, ohne auch ein der Amtslösung entsprechendes Angebot zu machen.

Auf Grund der Untersuchungsmaxime und des Prinzips der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 62 Abs. 4 VwVG) ist das Bundesverwaltungsgericht, wie schon seine Vorgängerorganisation, dabei an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden und berechtigt, auch Fragen nachzugehen, die von der Beschwerdeführerin nicht aufgeworfen wurden, zu deren Beantwortung aber aufgrund der Parteivorbringen in Kombination mit den Akten Anlass besteht (Entscheid der BRK vom 11. März 2005, veröffentlicht in VPB 69.79 E. 1d und 3).

3.3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, auf Grund des Vergleichs des Angebotes der Zuschlagsempfängerin für die Variante Furka 1 (Investitionen im Betrag von Fr. 3'386'732.-) mit demjenigen der Beschwerdeführerin (Investitionen im Betrag von Fr. 3'926'674.-) sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin statt des in der Ausschreibung geforderten 1 5/8-Zoll-Kabels ein der Ausschrei-

bung nicht entsprechendes, billiger erhältliches Kabel von 7/8-Zoll angeboten habe, das den Frequenzbereich über ca. 1000 MHz nicht mehr abdecke. Ein vernünftiges Zugfunksystem sei zwar auch mit dem dünneren Kabel zu betreiben, GSM-Telefonie im 1800 MHz-Bereich oder gar UMTS-Telefonie, wie gemäss Teil C Anf-4.4.3.4 der Ausschreibung verlangt, wäre damit aber nicht möglich.

Die Zuschlagsempfängerin bestreitet nicht, dass sie in ihrer Offerte anstelle des in der Ausschreibung genannten 1 5/8" Kabels ein 7/8" Kabel angeboten hat. Wie sich aus den Akten der Vergabestelle ergebe, sei dies aber für alle Anbieter akzeptiert worden (Stellungnahme vom 17. August 2007 S. 2).

Die Vergabestelle hält in ihrer Vernehmlassung vom 17. August 2007 fest, aus der Ausschreibung sei, nicht zuletzt, weil auch ein System mit Antennen hätte angeboten werden können, klar erkennbar, dass das dort genannte Kabel einem Wunsch entsprochen habe, aber nicht zwingend beziehungsweise nicht einzig zu offerieren war, speziell wenn der Anbieter dieses als ungeeignet beurteile. Dabei sei auch die Wirtschaftlichkeit als Eignung zu betrachten. Die Zuschlagsempfängerin habe die "Nichteignung" in ihrem Angebot klar ausgewiesen und daher ein alternatives Kabel als Angebot eingereicht. Die Anbieter hätten auf Grund der Ausschreibung (Ausschreibungsunterlagen Teil A 1.7.4.) die Möglichkeit gehabt, Alternativen aufzuzeigen und anzubieten. Die Beschwerdeführerin habe dies aber offensichtlich unterlassen.

Dass ein 7/8" Kabel denselben Frequenzbereich abdeckt, resp. dieselben Eigenschaften aufweist, wie das in der Ausschreibung erwähnte 1 5/8" Kabel wird indessen weder von der Zuschlagsempfängerin noch von der Vergabestelle geltend gemacht. Nicht bestritten wird aber auch, dass ein 7/8" Kabel grundsätzlich ausreicht, um die in der Variante Furka 1 geforderten Dienstleistungen (Zugfunk-, Arbeits- & Rangierkanal und Tunnelrettung sowie UKW und DRS1 [vgl. Anf-4.5.2.2] resp. als Option zwei weitere UKW-Sender sowie DAB [vgl. Anf-4.5.2.7 ff.] zu gewährleisten. Nicht auszuschliessen ist zudem auch, dass sich für diese Dienstleistungen ein 7/8" Kabel allenfalls sogar besser eignet als das 1 5/8" Kabel, das in den Anforderungen der Ausschreibung erwähnt wird (vgl. dazu unter anderem die Beilagen zum Mail der Zuschlagsempfängerin an die Vergabestelle vom 20. Juni 2007 sowie die Antwort der Beschwerdeführerin zu Frage 4.4.3.1).

3.3.2 Zu den Ausführungen der Vergabestelle ist vorweg auf die in E. 3.2 gemachten Ausführungen, somit darauf hinzuweisen, dass ein Abweichen von einer Anforderung, das damit begründet wird, dass diese sich nicht eignet, grundsätzlich eine Variante darstellt, die nur dann zulässig ist, wenn gleichzeitig auch ein der sog. Amtslösung entsprechendes Grundangebot eingereicht wird.

Das Vorgehen der Zuschlagsempfängerin, die unbestrittenermassen nicht das in der Ausschreibung vorgesehene Kabel angeboten hat (siehe dazu nachfolgende E. 3.3.3), wäre daher nur dann zulässig, wenn sich zeigen würde, dass die Amtslösung ungeachtet dessen, dass ein 1 5/8" Kabel erwähnt ist, auch eine Lösung mit einem 7/8" Kabel zulässt.

3.3.3 Bezüglich des anzubietenden Kabels ist in Teil C Ziff. 4.4.3. der Ausschreibung unter dem Titel Abstrahlsystem für alle zu realisierenden Tunnelfunksysteme (Furka, Oberalp, Schöllenen und verschiedene Einzeltunnel) Folgendes festgehalten:

"Anf-4.4.3.1	Als Abstrahlsystem für die Versorgung der Tunnel/ Galeriestrecken ist von einem strahlenden Kabel auszugehen.
Anf-4.4.3.2	Wo nötig und sinnvoll (z.B. Portalversorgung) können auch geeignete Antennen eingesetzt werden.
[...]	
Anf-4.4.3.4	Die MGB sieht (wie die SBB) den Einsatz folgender Kabeltypen (strahlendes Kabel) der Firma Z._____ vor: [...], Frequenzbereich 70-2'600 MHz.
Frg-4.4.3.1	Der Anbieter soll die Eignung des vorgesehenen Kabels für den Einsatz für die Tunnelfunklösungen bei der MGB für jedes seiner Tunnelfunksysteme beurteilen und dessen Vor- und Nachteile kommentieren.
Frg-4.4.3.2	Welcher Kabeltyp kann aus Sicht des Anbieters alternativ zu dem vorgesehenen Typ eingesetzt werden?
Frg-4.4.3.3	Der Anbieter legt das Datenblatt des/der von ihm alternativ angeführten strahlenden Kabels/n bei.
Frg-4.4.3.4	Der Anbieter legt das/die Datenblätter der von ihm vorge sehenen Antennen bei."

Auch für die Variante Furka 2, bei der neben den für die Variante Furka 1 sicherzustellenden Dienste und Optionen (vgl. E.3.3.1) grundsätzlich (ausser UKW DRS 1) als Option auch die Dienste aller relevanten öffentlichen Mobilfunkanbieter (GSM900: 3 Betreiber,

GSM1800: 3 Betreiber, UMTS: 4 Betreiber) übertragen werden können müssen (vgl. dazu Anf-4.5.3.4 ff.; sowie generell Anf-4.4.2.1; Tabelle 5), sieht Anf-4.5.3.24 vor, dass alle Dienste über dasselbe Strahlungskabel abgestrahlt werden. Gemäss Frage 4.5.3.1 haben sich die Anbieter aber auch darüber zu äussern, welche Vor-/Nachteile sie "bei der Abstrahlung aller Dienste über das selbe strahlende Kabel" sehen und "alternativ die Vor- und Nachteile einer Lösung mit zwei strahlenden Kabeln (Trennung betriebliche Dienste / öffentliche Mobilfunkdienste)" aufzuzeigen (Frg-4.5.3.2).

Aus dem konsolidierten "Fragen & Antworten-" Katalog, lässt sich zur hier interessierenden, das Kabel betreffenden Diskussion einzig entnehmen, dass sich in Bezug auf oberwähnte Frage 4.5.3.2 ("Der Anbieter zeigt altenativ die Vor- und Nachteile einer Lösung mit zwei strahlenden Kabeln.") die Frage stellte, ob bei einer allfälligen Trennung der betrieblichen Dienste /öff. Mobilfunkdienste zwingend zwei Strahlungskabel für die Frequenzbereiche 70-2600 MHz eingesetzt werden müssen (Nr. 45). Die Frage wurde wie folgt beantwortet: "Grundsätzlich möchten wir nur ein strahlendes Kabel haben. Trotzdem soll der Anbieter die Vor- und Nachteile von zwei Kabeln zeigen. Dabei sind diese jedoch so zu wählen, dass sie für die unterschiedlichen Dienste (Frequenzbänder) optimiert sind, d.h. es gibt dann höchstwahrscheinlich zwei unterschiedliche strahlende Kabeltypen."

3.3.4 Aufgrund der soeben geschilderten Unterlagen darf davon ausgegangen werden, dass - wie die Vergabestelle zu Recht festhält - die sog. Amtslösung es den Anbietern frei stellte, als Alternative somit als eine von zwei Möglichkeiten (vgl. dazu Duden, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 1, 2. Auflage, 1993) Antennen oder Kabel zu wählen.

Das in den vorangehend geschilderten Fragen verwendete Wort "alternativ" resp. "Alternative" hat indessen nicht nur die Bedeutung der freien, aber unabdingbaren Entscheidung zwischen zwei Möglichkeiten (das "Entweder-Oder"), sondern auch diejenige der zweiten, anderen Möglichkeit, der Möglichkeit des Wählens zwischen zwei oder mehreren Dingen (vgl. dazu Duden, a.a.O.). Damit wird es gleichsam anstelle des Wortes "Variante" verwendet, gemäss Duden "leicht veränderte Form von etw.; Abwandlung, Abart, Spielart" (vgl. Duden, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 8, 3. Auflage, 1996).

Zu prüfen ist daher, ob aufgrund der oberwähnten Fragen resp. allenfalls auch der im Rahmen des konsolidierten Fragekatalogs abgegebenen Antworten der Vergabestelle davon ausgegangen werden darf, dass hier, im Fall des Kabels abweichend vom vorangehenden Grundsatz (vgl. E. 3.1.3) eine Variante auch ohne ein der Amtslösung entsprechendes Grundangebot offeriert werden durfte.

3.3.5 Zu den Fragen hält die Ausschreibung einzig fest, dass der Anbieter die gestellten Fragen möglichst präzis zu beantworten hat und dass die Antworten zu den Fragen helfen sollen, das Angebot qualitativ besser zu verstehen (Teile A & B, Ziff. 1.9.2.7).

Das in Bezug auf das Kabel grundsätzlich zu offerierende Angebot wird soweit ersichtlich in Anf-4.4.3.4 umschrieben: Anzubieten war demnach ein 1 5/8" Kabel, das einen sehr weiten Frequenzbereich umfasste (70-2'600 MHz), somit grundsätzlich alle, sowohl in der Variante Furka 1 als auch in der Variante Furka 2 vorgesehenen Dienstleistungen ermöglichen sollte. Da die technischen Spezifikationen nicht derart eng umschrieben werden dürfen, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt in Frage kommt (Entscheid der BRK vom 8. Januar 2004, veröffentlicht in VPB 68.66 E. 2b/cc), ist indessen hier von vornherein davon auszugehen, dass wohl auch ein den übrigen soeben dargestellten Anforderungen entsprechendes Kabel einer anderen Firma als der in der Anf-4.4.3.4 erwähnten Z._____ hätte angeboten werden können. Davon scheint zumindest im Grundsatz auch die Vergabestelle auszugehen, wenn sie in der Einleitung zu Teil C, Ziff. 1, festhält: "Die in den Abbildungen zum Teil dargestellten Geräte implizieren keine bestimmten Lösungen, Produkte oder Hersteller."

Bezüglich der Eigenschaften des Kabels lässt aber eine prima-facie-Würdigung nicht denselben Schluss zu: Ausgehend davon, dass die Fragen gemäss der Ausschreibung dazu dienen sollen, das Angebot besser zu verstehen, lassen sich die im Anschluss an Anf-4.4.3.4 gestellten Fragen nämlich wohl nur dahingehend interpretieren, dass die Anbieter zum besseren Verständnis *des soeben umschriebenen* Angebots, somit die Vor- und Nachteile eines, einen weiten Frequenzbereich umfassenden 1 5/8" Kabels darzulegen hatten (Frg-4.4.3.1). Anzugeben war zudem in der Folge auch, *ob* ein anderes und wenn ja, *welches* Kabel eingesetzt werden könnte (Frg-4.4.3.2). Falls diese Frage bejaht wurde, war schliesslich das Datenblatt des *angeführten* Kabels beizulegen (Frg-4.4.3.3).

Dass und inwiefern es aufgrund der Fragen 4.4.3.1 ff. zulässig sein sollte, *alternativ* verstanden als *anstelle* des in Frage 4.4.3.3 *angeführten* Kabels ein 7/8" Kabel *anzubieten*, ist indessen nicht offensichtlich.

Die hier gestellten Fragen zielen so verstanden wohl nur darauf hin, dass eine mögliche Variante *aufgezeigt wird*. Dass sie Anbieter, die sich entschliessen, diese Variante effektiv *anzubieten*, davon entbinden würden, auch ein den Anforderungen 4.4.3.4 entsprechendes Grundangebot einzureichen, liegt indessen nicht auf der Hand.

Etwas anderes lässt sich auch aus der im "Fragen & Antworten-" Katalog festgehaltenen Antwort Nr. 45 kaum ableiten. Auch sie kann wohl nur dahingehend interpretiert werden, dass eine Variante *aufzuzeigen* ist.

3.4 Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin habe in ihrer Offerte bezüglich des strahlenden Kabels eine Variante angeboten, ohne auch ein der Amtslösung entsprechendes Grundangebot zu offerieren, erweist sich unter diesen Umständen nach einer prima facie Prüfung nicht als offensichtlich unbegründet.

Unter diesen Umständen 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 (siehe dazu vorangehende E. 2.2).

Über die sich aus dem Vorliegen einer allenfalls unzulässigen Variante ergebenden Rechtsfolgen ist indessen, erst nach Einholen entsprechender Stellungnahmen im Rahmen einer eingehenden materiellen Prüfung der angefochtenen Verfügung zu entscheiden. Dasselbe gilt auch für die Prüfung der weiteren, von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rügen. Bereits an dieser Stelle ist indessen darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht in mittelbarem Zusammenhang mit diesen Rügen, sich unter Umständen auch mit der Frage beschäftigen wird, ob der Zuschlagsempfängerin nicht ein weiteres, allenfalls auch als unzulässige Variante zu betrachtendes Abweichen von der Ausschreibung vorzuhalten ist, was auf Grund von zwei Sätzen im von ihr eingereichten Systembeschrieb nicht ausgeschlossen werden kann (Systembeschreibung, Konzeptionsvorschlag Zugfunk, S. 6, erster und zweiter Satz).

4.
Bezüglich der Frage der aufschiebenden Wirkung respektive der in diesem Zusammenhang abzuwägenden Interessen macht die Vergabestelle geltend, die Erneuerung dürfe nicht weiter hinausgezögert werden, da das heutige Tunnelfunksystem bereits 24-jährig sei und sich in einem kritischen Zustand befinde. Dabei weist sie auf diverse Mängel des heutigen Systems und die damit verbundenen Gefahren hin, die für Menschen und Sachen eintreten könnten. Dass das heutige System grundsätzlich nicht oder nicht mehr funktionieren würde, wird aber nicht geltend gemacht. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich auch, dass ein ziemlich enger Zeitplan einzuhalten und mit einer Fertigstellung des Projektes bis im November 2008 gerechnet wird (Ausschreibung Teile A & B, Ziff. 1.2.5 und 1.2.6). Dass das Vorhaben der Vergabestelle durch ein weiteres Hinauszögern darüber hinaus beeinträchtigt wird, ist aber nicht ersichtlich.

Die Interessen der Beschwerdeführerin sind demgegenüber, selbst ungeachtet dessen, dass es sich, wie sie zu Recht geltend macht, um einen Auftrag in der Höhe von Fr. 5 Mio. handelt, als gewichtig zu bezeichnen. Wird der Vertrag mit der berücksichtigten Firma abgeschlossen, so kann das Bundesverwaltungsgericht nämlich, selbst wenn es die Beschwerde gutheissen sollte, den Zuschlag nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BoeB).

Die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen muss daher zugunsten der Beschwerdeführerin ausfallen. Angesichts dieses Ergebnisses kann offen bleiben, ob im vorliegenden Fall bei der Interessenabwägung auch die Prozessprognosen zu berücksichtigen wären (vgl. den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 2.3.2).

5.
Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entsprechen ist. Damit fällt die Verfügung des Kammerpräsidenten der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Juli 2007, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin.

6.
Die Beschwerdeführerin beantragt weiter den Beizug der Vorakten und die Gewährung umfassender Akteneinsicht, sofern und soweit dem nicht überwiegende Interessen entgegenstünden.

6.1 In den Art. 26 ff. VwVG haben die allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht Ausdruck gefunden (BGE 115 V 297 E. 2d). 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 bestand 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, 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 (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006, a.a.O., E. 5a mit Hinweisen).

6.2 Vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen sind vorliegend daher alle Akten und Unterlagen, welche für den hier zu treffenden Entscheid nicht wesentlich sind. Damit kommt insbesondere bezüglich der Offerten der Mitkonkurrenten überhaupt nur insoweit ein Recht auf Akteneinsicht in Betracht, als die dort enthaltenen Angaben hier zur Begründung dienen. Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Akten der Vergabestelle, zumindest insoweit als diese nicht bereits, weil sie der Beschwerdedeführerin selber oder allen Anbietern zugestellt wurden, als bekannt vorausgesetzt werden dürfen.

6.3 Der Beschwerdeführerin ist demnach Einsicht in folgende Akten zu gewähren (die entsprechenden Aktenstücke resp. Auszüge, werden, soweit nicht davon auszugehen ist, dass sie die Beschwerdeführerin bereits in Händen hält, der Beschwerdeführerin mit separater Post zugestellt): Submissionsunterlagen, Ausschreibung/Publikation im Amtsblatt und im Handelsamtsblatt vom 27. April 2007, konsolidierter Fragekatalog vom 31. Mai 2007; Offertöffnungsprotokoll vom 12. Juni 2007, Mitteilung der Auftragsvergabe an die Beschwerdeführerin sowie Mitteilung des Zuschlags an die Zuschlagsempfängerin vom 5. Juli 2007; Mails der Vergabestelle an die Anbieter vom 18. Juni 2007; Mail der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle vom 20. Juni 2007 (inkl. Beilagen); Mail der Zuschlagsempfängerin vom 20. Juni 2007 (inkl. Beilagen); Mail der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle vom 22. Juni 2007; Mail der Beschwerdeführerin vom 27. Juni 2007 und ein zwei Sätze betreffender Auszug aus dem von der Zuschlagsempfängerin mit ihrer Offerte eingereichten Systembeschrieb (Systembeschreibung, Konzeptionsvorschlag Zugfunk, S. 6).

7.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen. Der Beschwerde wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

2.
Dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin wird im Sinne der Erwägungen teilweise entsprochen. Eine Kopie der entsprechenden Schriftstücke wird der Beschwerdeführerin mit separater Post zugestellt.

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

4.
Dieser Zwischenentscheid wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein; vorab per Fax)
- der Vergabestelle (Einschreiben mit Rückschein; vorab per Fax)

und mitgeteilt:

- der Zuschlagsempfängerin (vorab per Fax)

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli Barbara Aebi

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) 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: 12. November 2007