



BRK 2004-012

Der Präsident: André Moser
Die Richter: Karol Frühauf, Elisabeth Lang
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

Entscheid vom 30. November 2004

in Sachen

X. AG, ..., Beschwerdeführerin, vertreten durch

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB AG, Infrastruktur, Telecom, Mittelstrasse 43, 3000 Bern 65, vertreten durch Schweizerische Bundesbahnen SBB, Infrastruktur Recht, Schanzenstrasse 5, 3000 Bern 65

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen
(Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren)

Sachverhalt:

A.- Die Schweizerischen Bundesbahnen SBB AG (nachfolgend SBB AG) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 8. September 2003 unter dem Projekttitel "Partnerschaft PWLAN" einen Dienstleistungsauftrag im Bereich Fernmeldewesen im offenen Verfahren öffentlich aus. Gemäss dem in der Ausschreibung enthaltenen Aufgabenbeschrieb sucht die SBB AG einen Partner zum Aufbau und Betrieb von Public Wireless LAN (PWLAN) Access Points. Der Betreiber verpflichtet sich, Standorte und Strecken gemäss Vorgaben der

SBB AG mit WLAN auszurüsten. Zusätzlich hat die SBB AG einen Eigenbedarf an der Nutzung von WLAN-Diensten. Der Betreiber hat diesen für die ersten zwei Jahre zu gewähren. Am 2. Juli 2004 erteilte die SBB AG den Zuschlag für den Auftrag "Partnerschaft WLAN" an die Y. AG. Der Zuschlag wurde im SHAB vom Juli 2004 veröffentlicht.

B.- Mit Eingabe vom 3. September 2004 erhebt die X. AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen die Erteilung des Zuschlags an die Y. AG Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Die Beschwerdeführerin beantragt, die Zuschlagsverfügung der SBB AG vom 2. Juli 2004 sei aufzuheben. Eventuell sei die Rechtswidrigkeit dieser Zuschlagsverfügung festzustellen. Subeventuell sei vorfrageweise die Nichtigkeit des Vertrages (oder der Verträge) betreffend WLAN Dienstleistungen zwischen der SBB AG und der Y. AG festzustellen und die Zuschlagsverfügung vom 2. Juli 2004 aufzuheben. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin die Gewährung der vollumfänglichen Akteneinsicht in die für den Zuschlag an die Y. AG relevanten Unterlagen und Verhandlungsprotokolle. Weiter wird die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde verlangt. Schliesslich sei der Beschwerdeführerin nach Gewährung der Akteneinsicht nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

C.- Der Präsident der Rekurskommission hat der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 6. September 2004 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D.- Die SBB AG stellt in ihrer Stellungnahme vom 17. September 2004 den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Für den Fall des Eintretens auf die Beschwerde sei das Gesuch zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin sei, soweit es die Vertraulichkeit bzw. das Geschäftsgeheimnis verletze, zu beschränken. Insbesondere sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in die Offerte der Y. AG, die Studien der anderen Anbieter, die Präsentationen, den Vergebungsantrag, alle mit der Y. AG abgeschlossenen Verträge und in die gesamte Korrespondenz im Zusammenhang mit Roaming-anfragen zu geben.

E.- Mit Eingabe vom 16. September 2004 hat sich die Y. AG unter ausdrücklichem Verzicht auf die Stellung von Anträgen und auf eine Verfahrensbeteiligung zur Beschwerde vernehmen lassen.

F.- Mit Verfügung vom 23. September 2004 hat der Präsident der BRK das Verfahren vorerst auf die Frage der Zuständigkeit der Rekurskommission beschränkt.

G.- Die Beschwerdeführerin hat mit Eingabe vom 8. Oktober 2004 zur Vernehmlassung der SBB AG Stellung genommen und beantragt, es sei die Unzuständigkeitseinrede abzuweisen und auf die Beschwerde einzutreten.

H.- Die SBB AG hat sich mit Eingabe vom 20. Oktober 2004 nochmals geäussert und ihren Antrag bestätigt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

Auf die Begründung der Eingaben an die Rekurskommission wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.- a) 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 sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VoeB; SR 172.056.11]). So sind bei den SBB ausdrücklich ausgenommen Finanzbeteiligungen und Beteiligungen an Unternehmen, die nicht unmittelbar im Verkehrsbereich tätig sind (Bilaterales Abkommen Anhang II B Anm. 1).

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

lagen, Administrative Anweisungen Partnerschaft PWLAN, S. 1; Pflichtenheft Partnerschaft PWLAN, S. 1, 14 ff.).

bb) Im vorliegenden Fall sucht die SBB AG somit einerseits eine Partnerschaft mit einer PWLAN-Anbieterin. Diese soll auf dem Areal der SBB AG die PWLAN-Dienste aufbauen und betreiben, während die SBB AG ihr gegen Entgelt den kontrollierten Zugang zu ihren Standorten und die Vernetzung aller Antennenstandorte ermöglicht. Der PWLAN-Betreiber bezieht von der SBB AG für den Netzaufbau und Betrieb gegen Entschädigung verschiedene Leistungen, wie Antennenstandorte für die Abdeckung mit PWLAN auf SBB-Grundstücken und Trassen, Installationen und Verkabelung der Antennen, Housing für aktive Komponenten, Wartung der installierten Anlagen, Übertragung der Daten und Übergabe der Daten an einem Point of Interconnection, Freigabe der Funknetzplanung. Die Entschädigung besteht aus einmaligen Gebühren für die Installationen und festen, wiederkehrenden Grundgebühren für die Benutzung der SBB-Infrastruktur sowie aus einer Umsatzbeteiligung (Pflichtenheft Partnerschaft PWLAN, S. 1, 14 ff.). Dabei handelt es sich nicht um ein öffentliches Beschaffungsgeschäft, denn die SBB AG tritt hier nicht als Nachfragerin von entgeltlichen Leistungen auf, sondern sie erbringt ihrerseits Leistungen gegen Entschädigung (Gebühren und Umsatzbeteiligung) an einen privaten Interessenten, der als eigenständiger Betreiber der PWLAN-Dienste, die von den Bahnkunden genutzt werden können, in Erscheinung tritt (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 96 ff. mit Hinweisen). Der Umstand, dass die SBB AG dem Partner bzw. Betreiber gewisse Vorgaben macht, welche dieser ihr gegenüber einzuhalten hat, vermag daran nichts zu ändern.

Andererseits beabsichtigt die SBB AG aber vom ausgewählten Betreiber für zwei Jahre PWLAN-Dienstleistungen für ihren Eigenbedarf zu beziehen. Im Bereich der Eigennutzung tritt die SBB AG als Kundin, d.h. als Nachfragerin von Kommunikationsdienstleistungen PWLAN gegen Entgelt auf. Der betreffende Anbieter hat zudem die Nutzung weiterer Hotspots anderer Anbieter ausserhalb des auf Standorten der SBB AG befindlichen PWLAN-Netzes mittels Roaming sicherzustellen. Es liegt hier unbestrittenermassen ein öffentliches Beschaffungsgeschäft vor (Stellungnahme der SBB AG vom 17. September 2004, S. 3; vgl. auch den Entwurf für einen Dienstleistungsvertrag [Ordner Beilagen SBB AG, Griff 4]).

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

massgebende Schwellenwert von Fr. 640'000.— (Art. 2a Abs. 3 Bst. b VoeB) dürfte danach jedenfalls erreicht sein.

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

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

Die Beschwerdeführerin ist allerdings der Auffassung, für den von der SBB AG ausgeschriebenen Auftrag sei der Anhang 1 zur VoeB nicht relevant. Aufgrund von Art. 2 Abs. 2 BoeB i. V. m. Art. 2a VoeB unterstehe die SBB AG für die in Frage stehende Tätigkeit ausdrücklich dem BoeB. Die Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB und Art. 3 Abs. 1 VoeB mit dem Verweis auf Anhang 1 zur VoeB enthielten lediglich Begriffsbestimmungen. Soweit eine durch diese Begriffsbestimmung erfasste Dienstleistung, welche grundsätzlich vom Anwendungsbereich des BoeB ausgeschlossen sein sollte, durch eine der in Art. 2 Abs. 2 BoeB i.V.m. Art. 2a VoeB genannten Organisationen ausgeschlossen werde, gelte die Unterstellung unter das Gesetz auch für diese Dienstleistungen. Denn zum einen lege Art. 2 Abs. 2 BoeB i. V. m. Art. 2a VoeB fest, dass diese Organisationen als Auftraggeberinnen für die aufgeführten Tätigkeiten dem Gesetz unterstellt seien. Zum andern hätten diese Normen als die sachlich spezielleren Normen Vorrang vor den allgemeinen Begriffsbestimmungen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 8. Oktober 2004, S. 5).

Der Argumentation der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Art. 2a Abs. 2 VoeB unterstellt die SBB unter das BoeB für den Bau und den Betrieb von Eisenbahnen; ausgenommen werden hingegen alle Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben. Bezüglich der letztgenannten Tätigkeiten untersteht die SBB von vornherein nicht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts. Vergibt die SBB hingegen im Zusammenhang mit dem Bau und dem Betrieb von Eisenbahnen öffentliche Aufträge, so untersteht sie *in gleicher Weise* (aber nicht weitergehend) wie die übrigen Auftraggeberinnen des Bundes ge-

mäss Art. 2 BoeB den Vorschriften des BoeB und den entsprechenden Ausführungsbestimmungen der VoeB, somit auch Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB und Art. 3 Abs. 1 VoeB (vgl. auch Entscheidung der BRK vom 5. November 2003 [BRK 2003-021], E. 1b).

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

Die SBB AG ist der Auffassung, dass die Beschaffung der vorliegend zur Diskussion stehenden Telekommunikationsdienstleistungen nicht in den Geltungsbereich des BoeB falle, da sie der ausdrücklich von der Unterstellung ausgenommenen Unterklasse 75260 "Integrated telecommunications services" zuzuordnen sei (Stellungnahme vom 17. September 2004, S. 3; Stellungnahme vom 20. Oktober 2004, S. 4). Die Beschwerdeführerin hingegen vertritt den Standpunkt, die PWLAN-Dienstleistungen würden keinesfalls der Unterklasse 75260 entsprechen; vielmehr handle es sich bei PWLAN um eine Leistung, die schlicht unter die CPC-Referenz-Nr. 752 (Fernmeldewesen) falle. Allenfalls sei PWLAN unter die Unterklasse 7523 (Data and Message Transmission Services) zu subsumieren (Stellungnahme vom 8. Oktober 2004, S. 6 f.).

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

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

dd) Die von der SBB AG herangezogene Klasse 7526 "Integrated telecommunication services", die gemäss Ziffer 5 des Anhangs 1 zur VoeB nicht dem Gesetz untersteht, enthält eine einzige gleichlautende Unterklasse, nämlich die Nr. 75260. Umschrieben werden die "Integrated telecommunication services" in der explanatory note mit "Private point-to-point or multipoint network services which enable the users to simultaneously or alternatively transmit voice, data

and/or image. This type of service offers high bandwidth capacity and flexible, customer controlled network reconfiguration to accommodate changing traffic pattern".

Die Beschwerdeführerin macht geltend, eine Zuordnung der PWLAN-Dienstleistungen zur CPC-Unterklasse 7526 komme aus mehreren Gründen nicht in Betracht. Zunächst handle es sich bei der Unterklasse 7526 um "private ... network services", d. h. um Dienste zwischen Privaten. PWLAN sei Teil des öffentlichen Kommunikationsnetzes, was insbesondere dadurch bestätigt werde, dass die Y. AG die Versorgung der Züge über ihr eigenes "EDGE"-Netzwerk realisiere. Die EDGE-Basisstationen der Y. würden über das (öffentliche) Y-Hauptnetz direkt ins Internet laufen. PWLAN sei somit als "public network service" zu bezeichnen. Weiter sei auch keine "customer controlled network reconfiguration" gegeben, denn der Kunde könne PWLAN nur im Rahmen der vom Provider gesteckten Möglichkeiten benutzen. Er könne insbesondere keine Veränderungen am Netzwerk selbst vornehmen. Sodann müsse gemäss Definition der Unterklasse 7526 "flexible, customer controlled reconfiguration to accomodate changing traffic patterns" möglich sein. Das Element der dynamischen Veränderung fehle den WLAN-Netzen völlig. Während GSM- und UMTS-Netze fähig seien, sich selber dynamisch dem Verkehr anzupassen, seien WLAN-Netze starr und insoweit "dumm", als sie lediglich Bandbreite zu übermitteln vermöchten, aber keine Rekonfiguration gemäss Datenverkehr vorsehen würden (Stellungnahme vom 8. Oktober 2004, S. 6).

Bei PWLAN handelt es sich um Breitbandtechnologie (high bandwidth capacity), die den Benutzern die gleichzeitige Übertragung von Sprache, Daten und/oder Bildern ermöglicht. PWLAN entspricht somit der Definition in der CPC-Unterklasse Nr. 75260. Nicht stichhaltig ist die Argumentation der Beschwerdeführerin, PWLAN sei Teil des öffentlichen Kommunikationsnetzes, weshalb es sich nicht um "private point-to-point oder multipoint network services" handle. Im Gegensatz zu WLAN (Wireless Local Area Network), d.h. einem drahtlosen lokalen Netzwerk (in der Regel innerhalb eines Gebäudes oder eines Unternehmens), handelt es sich bei PWLAN (public wireless LAN) um ein öffentlich, d.h. der Öffentlichkeit, zugängliches Netzwerk, z.B. an Bahnhöfen oder Flughäfen mit stark wechselnder Kunden-Klientel. Die SBB AG führt aus, trotz des öffentlichen Zugangs sei der Service, d.h. die Übertragung der Daten, privat. Es gebe diverse Technologien, um die WLAN Verbindungen sicher zu machen. Bei der von der SBB verwendeten Technologie (VPN = virtual private network) handle es sich um eine verschlüsselte point-to-point-Übertragung, d.h. die Daten würden gegen Zugriff von Dritten gesichert übertragen. Die zwei privaten Teilnehmer seien der SBB-Mitarbeiter auf der einen und die vertraulichen Informationen der SBB auf der anderen Seite. Ein ungeschützter Zugang auf die Daten der SBB sei nicht möglich; der Zugang zum Netz werde durch verschiedene Mechanismen (Authentisierung/Autorisierung) überwacht. Wer keine Berechtigung habe, komme nicht auf das Netz. Auch auf der Strecke komme niemand auf das EDGE Netz, wenn er keine Berechtigung habe (vgl. Stellungnahme vom 20. Oktober 2004, Argumentarium betreffend Einordnung PWLAN-Dienstleistungen in CPC Unterklasse 75260).

Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Behauptung der Beschwerdeführerin, bei PWLAN fehle die "flexible, customer controlled network reconfiguration to accomodate chan-

ging traffic patterns", es handle sich nicht um ein dynamisches, sondern um ein starres System. Nach Angaben der SBB AG überträgt der Benutzer von WLAN die Daten paketorientiert über das Internet. Je nach Belastung des Netzes werden die Pakete vom System über unterschiedliche Wege ans Ziel transferiert. Insofern kann durchaus von einem flexiblen System gesprochen werden. Die Luftschnittstelle wird gemäss SBB AG je nach verwendetem Standard der Endgeräte und Empfangsqualität dynamisch angepasst. Auch würden bei einigen WLAN Standards dieselben oder ähnliche Mechanismen wie bei GSM eingesetzt (z.B. dynamische Kanal- und Frequenzwahl, automatische Anpassung der Leistung). Weiter weist die SBB AG darauf hin, dass mit sogenannten Mesh Techniken intelligente Systeme aufgebaut werden könnten, die skalierbar seien und bei Überlastung oder Ausfall von Access Points ein dynamisches Rerouting vornehmen würden. Solche Techniken würden sogar weitergehen als dies GSM- und UMTS-Netze erlaubten (vgl. Stellungnahme vom 20. Oktober 2004, Argumentarium betreffend Einordnung WLAN-Dienstleistungen in CPC Unterklasse 75260).

Die Zuordnung der vorliegend ausgeschriebenen WLAN-Dienstleistungen durch SBB AG zur CPC-Klasse 7526 bzw. zur Unterklasse 75260 "Integrated telecommunications services" erweist sich somit als zutreffend. Nicht richtig erscheint demgegenüber die Zuweisung von WLAN zur Klasse 7523 "Data und message transmission services", wie die SBB AG in nachvollziehbarer Weise darlegt (Stellungnahme vom 20. Oktober 2004, S. 4).

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

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

sprechender Vorbehalt in Bezug auf Anhang 1 der VoeB; dieser Umstand vermag am Fehlen einer Beschwerdemöglichkeit indessen nichts zu ändern.

Richtig ist sodann, dass in der Ausschreibung die Dienstleistungskategorie (gemäss CPC) lediglich mit dem Oberbegriff "Fernmeldewesen" angegeben worden ist. Auch daraus lässt sich die Zuständigkeit der BRK zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde jedoch nicht herleiten. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin untersteht, wie der Anhang 1 zur VoeB unmissverständlich aufzeigt, nicht die gesamte Kategorie "Fernmeldewesen" gemäss CPC Referenz-Nr. 752 ausnahmslos dem BoeB (Stellungnahme vom 8. Oktober 2004, S. 4). Wie vorstehend dargelegt, fallen die vorliegend zu vergebenden PWLAN-Dienste in die von der Unterstellung unter das Gesetz ausdrücklich ausgenommene Unterklasse 7526.

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

4.- Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig. Es rechtfertigt sich jedoch, die Spruchgebühr für dieses Prozessurteil deutlich zu reduzieren. Die Beschwerdeinstanz verrechnet im Dispositiv den Kostenvorschuss mit den Verfahrenskosten und erstattet einen allfälligen Überschuss zurück (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. und insbesondere Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VKEV; SR 172.041.0]). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

erkannt:

1. Auf die Beschwerde der X. AG vom 3. September 2004 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Verfahrens vor der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hat die X. AG in reduziertem Umfang von Fr. 1'500.-- zu tragen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.-- wird dementsprechend im Umfang von Fr. 4'500.-- teilweise zurückerstattet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
4. Dieser Entscheid wird dem Vertreter der Beschwerdeführerin sowie der SBB AG schriftlich eröffnet und der Y. AG mitgeteilt.

Eidgenössische Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart