



## **Urteil vom 6. Juni 2017**

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. iur. Isabelle Häner und Dr. iur. Simon Osterwalder,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,**  
KBB / Rechtsdienst,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und/oder  
Dr. iur. Pandora Kunz-Notter,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen  
(Verfahrensabbruch Los 1.2),  
Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1 + 2,  
SIMAP-Meldungsnummern 807149 + 807153,  
SIMAP-Projekt-ID 100648.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 21. Juni 2013 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel "(1342) 609 Datentransport" des Bundesamts für Informatik und Telekommunikation (BIT) im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 780633; Projekt-ID 100648). Der Beschaffungsgegenstand war in die Teillote 1.1 und 1.2 und Los 2 unterteilt.

**A.b** Am 5. Februar 2014 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP, dass sie den Zuschlag für das Teillo 1.1 an die Y. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von Fr. 229'316'371.– erteilt habe. Der Preis setze sich aus dem Grundauftrag im Wert von Fr. 11'339'821.– und der Option im Wert von Fr. 217'976'550.– zusammen. Ein Zuschlag für das Teillo 1.2 sei nicht erfolgt, da kein zweites Angebot alle technischen Spezifikationen und Eignungskriterien erfüllt habe. In Bezug auf Los 2 sei das Verfahren abgebrochen worden, da kein Angebot eingereicht worden sei (Meldungsnummern 807149 und 807153).

**B.**

Die X. \_\_\_\_\_ GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) erhob am 25. Februar 2014 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diese Verfügungen der Vergabestelle und beantragte, der Zuschlag 1.1 aus dem Los 1, eventualiter der Zuschlag 1.2 aus dem Los 1 sei ihr zu erteilen, sowie, der Abbruch der Ausschreibung für das Los 2 sei aufzuheben und es seien die Zuschläge aufgrund der Akten zu erteilen (Beschwerdeverfahren B-998/2014).

**C.**

Das Bundesverwaltungsgericht hiess mit Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 diese Beschwerde teilweise gut, soweit sie nicht durch den Beschwerderückzug betreffend Teillo 1.1 gegenstandslos geworden war, erklärte den in der Verfügung der Vergabestelle implizierten Ausschluss der Beschwerdeführerin betreffend Teillo 1.2 für rechtswidrig, hob die Verfügung der Vergabestelle betreffend Teillo 1.2 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück.

In seinen Erwägungen führte das Bundesverwaltungsgericht aus, die Vergabestelle werde zu prüfen haben, ob sie den Bundesrat um Ermächtigung ersuchen wolle, seine Anordnung in Bezug auf die Eignungskriterien

so zu modifizieren, dass sie der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten könne, den Nachweis zu erbringen, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine „no Spy“-Erklärung, oder ob sie das Verfahren in Bezug auf das Teillos 1.2 in einer Art und Weise abbrechen wolle, welche dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung trage (vgl. Urteil des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 6).

Gegen dieses Urteil wurde keine Beschwerde erhoben.

#### **D.**

Mit Eingabe vom 21. Juli 2016 erhob die Beschwerdeführerin eine Aufsichtsbeschwerde beim Vorsteher des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD und beantragte, es sei der Vergabestelle zu untersagen, weitere Standorte durch die Zuschlagsempfängerin erschliessen zu lassen. Der Rechtsdienst des Generalsekretariats des EFD kam diesem Antrag nicht nach, sondern teilte der Vergabestelle mit, sie werde ermächtigt, im Rahmen des rechtskräftigen Zuschlags von Teillos 1.1 weitere Standorte zu erschliessen. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen dieses Schreiben trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-6737/2016 vom 19. Dezember 2016 nicht ein.

#### **E.**

Die Beschwerdeführerin stellte mit Eingabe vom 23. Dezember 2016 bei der Vergabestelle gestützt auf Art. 25a VwVG ein Gesuch um Erlass einer Verfügung und beantragte Folgendes:

„1. a) Es sei im Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1+2, SIMAP-Meldenummer 807149 und 807153, SIMAP-Projekt.ID 100648, die Erschliessung der ursprünglich dem Teillos 1.2 zugeteilten 100 Standorte und der 1'000 optionalen Standorte zu unterlassen und weitere Vergaben unverzüglich einzustellen, bis über das Vergabeverfahren betreffend Teillos 1.2 und die 1'000 optionalen Standorte rechtskräftig entschieden ist.

b) Es sei darüber bis zum 6. Januar 2017 eine anfechtbare Verfügung mit entsprechender Rechtmittelbelehrung zu erlassen.

2. Es sei im Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1+2, SIMAP-Meldenummer 807149 und 807153, SIMAP-Projekt.ID 100648 zu Händen der Gesuchstellerin detailliert darzulegen, welche Standorte des ursprünglichen Teilloses 1.2 und welche der 1'000 optionalen Standorte von der Vergabestelle seit dem Abschluss des Vertrages mit der Y. \_\_\_\_\_ AG von dieser bis zum heutigen Datum trotz hängigem Vergabeverfahren erschlossen worden sind.

[...]"

Zur Begründung führte sie aus, mit der weiteren Erschliessung von Standorten, welche Gegenstand des Vergabeverfahrens Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1 + 2 seien, werde der Verfahrensgegenstand von der Vergabestelle sukzessive und vorsätzlich widerrechtlich hinfällig gemacht, bis das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werden müsse.

#### **F.**

Mit Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 erliess die Vergabestelle die folgende Verfügung:

„1. Das Vergabeverfahren Projekt Nr. (1342) 609 Datentransport wird hinsichtlich Teillos 1.2 (*100 Standorte innerhalb 2 Jahren; Zeitdauer Grundauftrag: 5 Jahre ab Vertragsabschluss; Zeitdauer optionale Managed Service Instanzen: bis 2026 / 1000 Standorte Optionen bis 2026: Verschlüsselung, Mobile Access, Regie/FTE*) definitiv abgebrochen.

2. Mitteilung an: [...]"

Die Vergabestelle legt dar, mit dieser Abbruchverfügung sei dem Begehren der Beschwerdeführerin auf Erlass einer Verfügung entsprochen. Der Abbruch habe zur Folge, dass trotz rechtsgültigem Beschaffungsvertrag keine weitere Bestellung von Leistungen aus dem Projekt mehr getätigt werde. Im Weiteren sei das Begehren der Beschwerdeführerin auf Rechenschaft über den Vollzug des Beschaffungsvertrags mit der Zuschlagsempfängerin des Teillos 1.1 aufgrund der Abbruchverfügung als gegenstandslos anzusehen, zumal für ein solches Begehren keinerlei Rechtsgrundlage bestehe. Die Beschwerdeführerin habe im Beschaffungsverfahren keinen Anspruch auf Akteneinsicht (vgl. Art. 26 Abs. 2 BöB) und könne ein solches Einsichtsrecht auch nicht auf dem Weg eines Gesuchs nach Art. 25a VwVG erwirken. Die Vergabestelle nehme umgehend die Vorbereitung eines neuen Beschaffungsverfahrens an die Hand, um den weiterhin dringenden Bedarf an Datentransportleistungen zeitnah decken zu können. Mit Blick auf die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil vom 8. Juli 2016, wonach der seinerzeitige Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht rechtmässig erfolgt sei, stehe es dieser sodann frei, ein Schadenersatzbegehren gemäss Art. 35 BöB einzureichen.

**G.**

Die Beschwerdeführerin erhebt mit Eingabe vom 27. Februar 2017 (Posteingang: 1. März 2017) beim Bundesverwaltungsgericht gegen diese Abbruchverfügung Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

„1. Es sei der Beschwerde zunächst superprovisorisch und anschliessend provisorisch unter Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB im Falle einer Missachtung durch die Vergabestelle die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

2. Es sei der Vergabestelle zunächst superprovisorisch und anschliessend provisorisch unter Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB zu verbieten, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Vergabeverfahrens weitere Standorte für Managed Carrier Ethernet-Dienste und optische Dienste in der Bundesverwaltung durch die Y. \_\_\_\_\_ AG erschliessen zu lassen, mit Ausnahme derjenigen 300 Standorte des ursprünglichen Teilloses 1.1, über welche der Zuschlag rechtskräftig an die Y. \_\_\_\_\_ AG erteilt worden ist.

3. Es sei die Verfügung der Vergabestelle vom 2. Februar 2017 i.S. Vergabeverfahren, Projekt (1342) 609 Datentransport, SIMAP Meldenummer 807149 und 807153, SIMAP-Projekt.ID 100648, aufzuheben.

4. Es sei die Vergabestelle im Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1+2, SIMAP-Meldenummer 807149 und 807153, SIMAP Projekt.ID 100648 zu verpflichten, unter Angabe der genauen Adressdaten (Strasse, Nummer, PLZ, Ort, etc.) aufzulisten, a) welche Standorte der Bundesverwaltung seit dem Abschluss des Vertrages mit der Y. \_\_\_\_\_ AG am 5. September 2014 von dieser im Auftrag der Vergabestelle per Datum der Verfügung der Vergabestelle vom 2. Februar 2017 erschlossen worden sind, und b) welche der Standorte der Bundesverwaltung per Datum der Verfügung der Vergabestelle vom 2. Februar 2017 von der Vergabestelle und der Y. \_\_\_\_\_ AG noch nicht erschlossen worden sind; es seien der Beschwerdeführerin diese beiden Listen zur Einsichtnahme zuzustellen und eine angemessene Frist zur Stellungnahme bzw. zur Ergänzung der Beschwerdeschrift anzusetzen.

5. Es sei die Vergabestelle im Anschluss an die Stellungnahme bzw. der Ergänzung der Beschwerdefrist durch die Beschwerdeführerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1+2, SIMAP-Meldenummer 807149 und 807153, SIMAP-Projekt.ID 100648 über die von der Vergabestelle und der Y. \_\_\_\_\_ AG noch nicht erschlossenen ursprünglichen Standorte des Teilloses 1.2, welche vor dem rechtswidrigen Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 aufgrund der vorteilhafteren kommerziellen Bedingungen mittels Zuschlag für das Teillos 1.2 hätten von der Beschwerdeführerin erschlossen werden sollen, mit einer Zuschlagsverfügung an die Beschwerdeführerin abzuschliessen; dieser Zuschlag sei der Beschwerdeführerin direkt durch das Bundesverwaltungsgericht zu erteilen, *eventualiter* sei die Sache für die entsprechende Beschlussfassung an die Vergabestelle zurückzuweisen.

6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen.“

Die Beschwerdeführerin kritisiert, mit der angefochtenen Abbruchverfügung werde ein materieller Entscheid über den Zuschlag für das Teillos 1.2 an die Beschwerdeführerin erneut vereitelt. Auf diesen Zuschlag hätte sie gemäss der Ausschreibung einen Rechtsanspruch gehabt. Die Vergabestelle vertusche, dass sie eine etliche Anzahl der Standorte des Loseils 1.2 bis am 2. Februar 2017 bereits erschlossen habe und insofern das Verfahren weder abgebrochen werden könne noch überhaupt eine Neuausschreibung stattfinden könne, weil der Verfahrensgegenstand unwiderruflich zerstört sei.

Die Vergabestelle lege sich in der angefochtenen Verfügung nicht eindeutig fest, ob das Verfahren nun definitiv abgebrochen werden solle oder der Abbruch nur provisorisch sei und es sich um eine Wiederholung des Verfahrens oder ein geändertes Projekt handeln werde. Die Begründung der Vergabestelle sei demnach widersprüchlich und es sei nicht klar, auf welche Rechtsgrundlage sie sich abstütze.

Das Bundesverwaltungsgericht könne die Frage, ob es um einen nicht missbräuchlichen Abbruch gemäss Art. 30 Abs. 2 oder 3 VöB gehe, erst klären, wenn die gemäss Antrag 4 verlangten Unterlagen vorlägen. Die Beschwerdeführerin selber könne sich zum Umfang der von ihr zu erschliessenden Standorte – beim Zuschlag von Teillos 1.2 an sie gemäss Antrag 5 – erst vernehmen lassen, wenn die beantragte Aktenherausgabe erfolgt sei. Wenn die Beschwerdeführerin die Liste nicht kenne, werde sie im neuen Vergabeverfahren nur ein Globalangebot abgeben und in Bezug auf Standorte mit bestehenden Erschliessungsinfrastrukturen die angebotenen vorteilhaften Bedingungen nicht mehr einbringen können. Ferner sei es für ein allfälliges Haftungsbegehren unabdingbar, dass die Standortlisten herausgegeben würden, ansonsten die Beschwerdeführerin nicht in der Lage sei, die Haftungsvoraussetzungen und den Schaden zu substantieren. Die Schadenersatzansprüche der Beschwerdeführerin beschränkten sich nicht nur auf Art. 35 BöB, sondern gingen darüber hinaus, denn die Vergabestelle habe Standorte erschlossen, die das Teillos 1.2 und die 1'000 optionalen Standorte betreffen. Dieses Teillos 1.2 mit den Optionen hätte aber eigentlich der Beschwerdeführerin zugeschlagen werden müssen.

## **H.**

Mit Verfügung vom 2. März 2017 wies die Instruktionsrichterin den Antrag

der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab, wies den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen derzeit ab und lud die Vergabestelle zur Stellungnahme zu den Anträgen 2 (Verbot der Erschliessung weiterer Standorte) und 4 (Gesuch um Einsichtnahme in die Standortlisten) ein.

#### I.

Die Vergabestelle beantragt mit Eingabe vom 16. März 2017 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, sowie die Abweisung aller prozessualen Begehren der Beschwerdeführerin, einschliesslich Ziffer 2 und 4 der Beschwerde vom 27. Februar 2017.

Zur Begründung führt sie aus, die angefochtene Verfügung sei aufgrund des verbindlichen Rückweisungsentscheids des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 8. Juli 2016 ergangen. Die Beschwerde richte sich gegen die Anordnung des Gerichts in einem formell rechtskräftigen Entscheid, weshalb darauf von vornherein nicht eingetreten werden könne.

Es treffe nicht zu, dass die Beschwerdeführerin irgend einen Anspruch auf die Erbringung optionaler Erschliessungsleistungen habe. Die Vergabestelle habe den Beschaffungsgegenstand in Bezug auf das Teillos 1.2 auch nicht „zerstört“. Sie sei vielmehr gestützt auf den rechtskräftigen Zuschlag für das Teillos 1.1 berechtigt gewesen, mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag abzuschliessen und in der Folge diese Leistungen, den Grundauftrag sowie die Optionen, bei der Zuschlagsempfängerin abzurufen. Seit dem Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin am 2. September 2014 seien 300 und bis zum internen Abrufstopp seien insgesamt 649 Standorte bei der Zuschlagsempfängerin erschlossen worden.

Die Vergabestelle werde die immer noch benötigten Leistungen in einer neuen Form wieder beschaffen, zum einen zur Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze und zum anderen, um die projektspezifischen Sicherheitsanforderungen sowie die aktuellen Technologien zu berücksichtigen. Derzeit werde ein neues Beschaffungsverfahren vorbereitet.

Aus der festgestellten Widerrechtlichkeit der Abbruchverfügung vom 12. November 2014 könne nicht gefolgert werden, dass auch die angefochtene Abbruchverfügung rechtswidrig sei. Die Abbruchverfügung vom 12. November 2014 sei deshalb rechtswidrig gewesen, weil die Vergabestelle über eine beim Bundesverwaltungsgericht rechtshängige Sache entschieden habe. Der materielle Gehalt der Abbruchverfügung sei damals

nicht beurteilt worden. Weil ein neues Vergabeverfahren für Breitbandleistungen erfolgen werde, sei der Abbruch endgültig. Die angefochtene Abbruchverfügung sei daher hinreichend begründet und rechtmässig und keinesfalls rechtsmissbräuchlich.

Sodann bilde das Schadenersatzverfahren gemäss Art. 35 BöB, das unter anderem eine verbindliche Quantifizierung der Offertkosten der Beschwerdeführerin voraussetzen würde, nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, sondern sei in seinem separaten Verfahren zu beurteilen.

Schliesslich bestehe keine Rechtsgrundlage für das Einsichtsgesuch der Beschwerdeführerin. Weder könne sie ihr Einsichtsrecht aus Art. 29a BV noch aus Art. 29 Abs. 2 BV ableiten.

#### **J.**

Die Beschwerdeführerin hält mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 24. März 2017 an ihren Rechtsbegehren vollumfänglich fest. Der Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2016 sei kein Endentscheid, sondern nur ein Zwischenentscheid. Von einem formell rechtskräftigen Endentscheid könne daher keine Rede sein.

#### **K.**

Die Vergabestelle äussert sich mit Stellungnahme vom 3. April 2017. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin handle es sich beim Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts nicht um einen Zwischenentscheid, sondern um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Die Beschwerdeführerin könne damit mit Argumenten gegen den Inhalt des Rückweisungsentscheids nicht mehr gehört werden.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind oder ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.H.).

**1.1** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR

172.021), soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügungen gelten unter anderem der Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens (vgl. Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a BöB).

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, die dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1, m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (vgl. Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (vgl. Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände nach Art. 3 BöB gegeben ist.

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

Angefochten ist die als "Abbruchverfügung" bezeichnete Verfügung der Vergabestelle vom 2. Februar 2017, gemäss welcher das Verfahren hinsichtlich des Teilloses 1.2 des Beschaffungsverfahrens "Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1 + 2" definitiv abgebrochen werde.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Rahmen des Beschwerdeverfahrens B-998/2014 festgehalten, dass der Beschaffungsgegenstand in den Geltungsbereich des BöB falle (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 21. Mai 2014 E. 2.3). Diese Beurteilung ist auch für das vorliegende Verfahren massgebend. Demnach ist davon auszugehen, dass das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

**1.2** Gemäss den allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestimmungen ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Diese Regelung gilt auch für das Vergaberecht (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V. m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2;

PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 1296 S. 641).

Die Beschwerdeführerin hatte ein Angebot für das Teillos 1.2 eingereicht und vor der Vergabestelle den Zuschlag für dieses Teillos beantragt. Durch den Abbruch des Verfahrens für dieses Teillos ist sie somit besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Abbruchverfügung.

Sie ist demnach zur Beschwerde legitimiert, soweit sich diese gegen den Abbruch des Vergabeverfahrens betreffend das Teillos 1.2 richtet.

**1.3** Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, dass auf die Beschwerde gegen die Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 gar nicht eingetreten werden könne, weil das Bundesverwaltungsgericht sie mit seinem Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 ausdrücklich ermächtigt habe, das Verfahren abubrechen und dieser Rückweisungsentscheid von keiner Partei angefochten worden und daher in formelle Rechtskraft erwachsen sei.

Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, bei diesem Urteil handle es sich nicht um einen formell rechtskräftigen Endentscheid. Das Bundesverwaltungsgericht habe es ins Ermessen der Vergabestelle gestellt, ob sie eine Sicherheitsprüfung vornehmen oder das Verfahren rechtmässig abbrechen wolle, und überdies offen gelassen, auf welche Weise die Vergabestelle dem berechtigten Vertrauen der Beschwerdeführerin in die anlässlich der Ausschreibung bekannt gegebenen Eignungskriterien Rechnung zu tragen habe. Es liege demnach keine Anweisung an die Vorinstanz vor, welche dieser keinerlei Entscheidungsspielraum mehr belasse. Daher sei von einem Zwischenentscheid in Sinn von Art. 93 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) auszugehen, der noch zusammen mit dem Endentscheid anfechtbar und noch nicht formell rechtskräftig sei.

**1.3.1** Eine abgeurteilte Sache ("res iudicata") liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. In positiver Hinsicht bindet die materielle Rechtskraft das Gericht in einem späteren Prozess an alles, was im Urteilsdispositiv des früheren Prozesses festgestellt wurde. In negativer Hinsicht verbietet die materielle Rechtskraft jedem späteren Gericht, auf eine Klage oder auf ein Rechtsmittel einzutreten, sofern der Streitgegenstand mit dem rechtskräftig beurteilten identisch ist (vgl. BGE 139 III 126 E. 3.1).

Eine res iudicata im Sinne einer negativen Prozessvoraussetzung setzt insofern voraus, dass der in Frage stehende Entscheid in formelle Rechtskraft erwachsen ist, das heisst, dass der betreffende Entscheid nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann, sei es, dass auf die Ergreifung eines ordentlichen Rechtsmittels explizit verzichtet bzw. ein solches zurückgezogen wurde, sei es, dass die Rechtsmittelfrist ungenutzt abgelaufen oder der Entscheid letztinstanzlich ist (vgl. Urteil des BVGer A-3008/2015 vom 6. November 2015 E. 1.5, m.H.).

**1.3.2** Gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde an das Bundesgericht nur zulässig, soweit sich unter anderem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Der Entscheid darüber, ob diese Voraussetzung gegeben ist oder nicht, obliegt allein dem Bundesgericht, weshalb es dem Bundesverwaltungsgericht nicht zusteht, diese Frage vorfrageweise zu beantworten. Auch in Beschaffungssachen ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass Urteile des Bundesverwaltungsgerichts noch mit einem – wenn auch atypischen – ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können.

**1.3.3** Die Beschwerde an das Bundesgericht ist zulässig gegen End- und Teilentscheide sowie gegen Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (Art. 90 ff. BGG). Gegen andere Zwischenentscheide ist sie nur zulässig, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 BGG). Ist die Beschwerde gegen einen derartigen Zwischenentscheid nicht zulässig oder wurde von ihr kein Gebrauch gemacht, so ist der betreffende Zwischenentscheid durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar, soweit er sich auf dessen Inhalt auswirkt (Art. 93 Abs. 3 BGG). Ein Zwischenentscheid, der nicht die Zuständigkeit oder Ausstandsbegehren zum Gegenstand hat, kann daher, auch wenn er nicht angefochten wurde, nicht selbständig in formelle Rechtskraft erwachsen, solange der Endentscheid nicht ergangen ist bzw. noch mit Beschwerde an das Bundesgericht angefochten werden könnte.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesgerichtsgesetz ist ein mit verbindlichen Weisungen versehener Rückweisungsentscheid einer unteren Beschwerdeinstanz wie dem Bundesverwaltungsgericht

selbst dann, wenn er eine materielle Grundsatzfrage betrifft, kein Endentscheid, sondern lediglich ein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid (vgl. BGE 134 II 124 E. 1.3; PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 61 N. 31). Um einen Endentscheid handelt es sich nach dieser Rechtsprechung nur dann, wenn der unteren Instanz kein Entscheidungsspielraum mehr verbleibt und die Rückweisung nur noch der (rein rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient (vgl. BGE 138 I 143 E. 1.2).

Im vorliegenden Fall wies das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück. In diesen Erwägungen führte das Bundesverwaltungsgericht aus, es seien noch Fragen offen, bezüglich derer der Vergabestelle Ermessen zukomme. Die Vergabestelle habe zu prüfen, ob sie den Bundesrat um Ermächtigung ersuchen wolle, seine Anordnung in Bezug auf die Eignungskriterien so zu modifizieren, dass sie der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten könne, den Nachweis zu erbringen, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine „no Spy“-Erklärung mit entsprechenden Belegen, oder ob sie das Verfahren in Bezug auf das Teillos 1.2 in einer Art und Weise abbrechen wolle, welche dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung trage (vgl. Urteil des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 6).

Ob das Urteil vom 8. Juli 2016 unter diesen Umständen als Zwischenentscheid oder als Endentscheid einzustufen ist, ist ebenfalls eine Frage, deren Beantwortung allein dem Bundesgericht obliegt. Im Kontext des vorliegenden Verfahrens ist daher davon auszugehen, dass eine Beschwerde an das Bundesgericht nicht ausgeschlossen ist.

**1.3.4** Die Einrede der Vergabestelle, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, weil eine res iudicata vorliege, erweist sich daher als nicht stichhaltig.

**1.4** In ihrer Beschwerde beantragt die Beschwerdeführerin nicht nur die Aufhebung der Abbruchverfügung und den Zuschlag des Teilloses 1.2 an sich selbst, sondern auch, es sei ihr Einsicht in die bis zum 2. Februar 2017 erschlossenen Standorte zu gewähren, sowie zusätzlich, es sei ihr eine Liste derjenigen Standorte der Bundesverwaltung zur Einsicht zuzustellen,

welche per 2. Februar 2017 von der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 noch nicht erschlossen worden seien.

**1.4.1** Die Beschwerdeführerin hat nicht präzisiert, ob es sich bei diesem Rechtsbegehren um ein selbständiges, materielles Rechtsbegehren handeln soll oder lediglich um einen prozessualen Antrag. Einerseits beantragt die Beschwerdeführerin, die beiden Listen seien ihr zur Einsichtnahme zuzustellen und ihr sei daraufhin eine angemessene Frist zur Ergänzung ihrer Beschwerdeschrift anzusetzen, was für eine Einstufung nur als prozessuales Begehren spricht. Andererseits hat sie ein ähnliches, wenn auch weniger weit gehendes Begehren bereits im vorinstanzlichen Verfahren vor der Vergabestelle gestellt, und sie führt aus, sie benötige diese Einsicht im Hinblick auf die Neuausschreibung und für einen Haftungsprozess. Diese Begründung impliziert, dass es sich auch um ein selbständiges, materielles Rechtsbegehren handelt, so dass sich die Frage stellt, ob bzw. in welchem Umfang diesbezüglich auf die Beschwerde einzutreten ist.

**1.4.2** Streitgegenstand in einem Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kann nur sein, was bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war, oder allenfalls hätte sein sollen, und was gemäss der Dispositionsmaxime zwischen den Parteien noch strittig ist. Im Laufe des Rechtsmittelverfahrens kann sich der Streitgegenstand verengen bzw. um nicht mehr strittige Punkte reduzieren, grundsätzlich jedoch nicht erweitern oder inhaltlich verändern (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2).

**1.4.3** Die Beschwerdeführerin stellte bereits in ihrem Gesuch vom 23. Dezember 2016 unter anderem den Antrag, es sei ihr darzulegen, welche Standorte des ursprünglichen Teilloses 1.2 und welche der 1'000 optionalen Standorte von der Vergabestelle seit dem Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 erschlossen worden seien. Die Vergabestelle entschied über diesen Antrag nicht förmlich und kam ihm auch nicht nach, führte aber in ihrer Begründung aus, mit der Abbruchverfügung werde dieses Akteneinsichtsbegehren gegenstandslos.

**1.4.4** Auf das Einsichtsbegehren, soweit es bereits im Verfahren vor der Vergabestelle gestellt worden ist, kann daher eingetreten werden, nicht aber insofern, als die Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren beantragt, es sei ihr auch Einsicht in die noch zu erschliessenden Standorte der Bundesverwaltung zu erteilen.

**1.5** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter haben sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.6** Auf die Beschwerde ist daher im dargelegten Umfang einzutreten.

## **2.**

Die Beschwerdeführerin rügt, der von der Vergabestelle angeordnete Abbruch des Vergabeverfahrens Projekt Nr. (1342) 609 Datentransport betreffend Teillos 1.2 sei nicht sachlich begründet, offensichtlich rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig. Die Begründung der Vergabestelle sei widersprüchlich, denn sie sage nicht eindeutig, ob das Verfahren nun definitiv abgebrochen werden solle oder ob der Abbruch nur provisorisch sei und es sich um eine Wiederholung des Verfahrens oder um ein geändertes Projekt handeln solle. Es bleibe auch offen, auf welche Rechtsgrundlage sich die Vergabestelle abstütze. Die Vergabestelle habe einen grossen Teil der Standorte aus dem Teillos 1.2 und aus den optionalen Standorten ohne rechtskräftige Zuschlagsverfügung offenbar durch die Y.\_\_\_\_\_ AG erschliessen lassen und damit einen Teil des Vergabegegenstandes widerrechtlich zerstört. Soweit sie sich nun wegen der Reduktion der Anzahl Standorte auf eine Projektänderung berufen wolle, sei dies rechtsmissbräuchlich. Die Vergabestelle könne auch nicht mit dem Argument gehört werden, dass die erhöhten Sicherheitsanforderungen zu einer nachträglichen Änderung der Spielregeln des Vergabeverfahrens führten, weshalb eine Neuausschreibung nötig sei, denn das Bundesverwaltungsgericht habe festgehalten, dass der Nachweis in Form einer „no spy“-Erklärung verlangt werden dürfe, ohne dass ein Verfahrensabbruch notwendig wäre. Ein Verfahrensabbruch, um andere Teilnehmer berücksichtigen zu können, wäre nur zulässig, wenn kein Angebot eingegangen wäre, welches die Eignungskriterien und Anforderungen erfülle. Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil entschieden habe, erfülle die Beschwerdeführerin aber die Eignungskriterien gemäss der Ausschreibung, so dass nach wie vor ein gültiges Angebot vorliege. Ohnehin würde eine Verschärfung der Eignungskriterien den Teilnehmerkreis nicht erweitern. Die Vergabestelle habe die Abbruchgründe nicht genügend substantiiert. Der Abbruch sei vielmehr offensichtlich rechtsmissbräuchlich.

Die Vergabestelle bestreitet diese Vorwürfe und stellt sich auf den Standpunkt, die angefochtene Abbruchverfügung sei hinreichend begründet und

rechtmässig, und keinesfalls rechtsmissbräuchlich. Die Verfügung sei aufgrund des verbindlichen Rückweisungsentscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2016 ergangen. Sie habe die beiden vom Gericht angeordneten Vorgehensvarianten geprüft und sich – zur Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze und der projektspezifischen Sicherheitsanforderungen – für den Abbruch des Teillos 1.2 entschieden. Unzutreffend sei auch, dass die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand in Bezug auf das Teillos 1.2 „zerstört“ habe. Die Vergabestelle habe vielmehr gestützt auf den rechtskräftigen Zuschlag für das Teillos 1.1 mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag abschliessen und in der Folge die Leistungen bei der Zuschlagsempfängerin (Grundauftrag sowie Optionen) abrufen können. Da die Beschwerdeführerin keinen rechtskräftigen Zuschlag für Teillos 1.2 erhalten habe, könne sie keine Anwartschaft auf die optionalen Leistungen für sich in Anspruch nehmen.

**2.1** Der Abbruch ist im BöB nicht geregelt, wird aber in Art. 30 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) vorausgesetzt und basiert auf Art. XIII Abs. 4 Bst. b GPA (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 25.119 S. 1051). Art. XIII Abs. 4 Bst. b GPA besagt, dass, sofern die Beschaffungsstelle nicht im öffentlichen Interesse beschlossen hat, keinen Auftrag zu vergeben, sie den Zuschlag dem Anbieter erteilt, von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und dessen Angebot – gleich, ob es sich um in- oder ausländische Waren und Dienstleistungen handelt – entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen als das günstigste beurteilt wird. Entsprechend dieser Vorgabe, dass von einem Zuschlag lediglich dann abgesehen werden darf, wenn die Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschlossen hat, keinen Auftrag zu vergeben, regelt Art. 30 VöB die Abbruchgründe und ihre Voraussetzungen (vgl. Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3).

Art. 30 VöB hat den folgenden Wortlaut:

"Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Vergabeverfahrens

<sup>1</sup> Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht.

<sup>2</sup> Die Auftraggeberin kann das Vergabeverfahren abbrechen und wiederholen, wenn:

a. kein Angebot die Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt, die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind;

b. günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen.

„Die Auftraggeberin kann ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert.“

**2.2** Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projekts abbrechen und einen allfällig bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist (vgl. BGE 134 II 199 E. 2.3). Literatur und Rechtsprechung unterscheiden zwischen einem definitiven und einem provisorischen Abbruch: Definitiv ist ein Abbruch dann, wenn auf das Beschaffungsgeschäft endgültig verzichtet wird (vgl. Art. 30 Abs. 1 VöB). Es handelt sich um Fälle, in denen der ursprüngliche Beschaffungsbedarf komplett weggefallen ist, weil das damit verbundene unmittelbare Ziel nicht mehr erreicht werden soll oder kann. Beim definitiven Abbruch soll dem abgebrochenen Verfahren kein neues folgen (vgl. STEFAN SUTER, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, 2010, Rz. 207 S. 91). Provisorisch ist der Abbruch, wenn das Verfahren im Hinblick auf eine Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts abgebrochen wird (vgl. Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB; vgl. zum Ganzen: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 792 ff. und Rz. 797 ff. S. 351 ff.; SUTER, a.a.O., Rz. 219 S. 98; STEFAN SCHERLER, *Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren*, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Rz. 10 S. 290; MARTIN BEYELER, *Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren*, AJP 7/2005, Rz. 8 S. 785; Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2016 E. 2.3). Der Leistungsbedarf bleibt grundsätzlich bestehen, er soll jedoch erst mittelfristig befriedigt werden (vgl. SUTER, a.a.O., Rz. 219 S. 98). Provisorische Abbrüche machen das Feld für ein neues Verfahren frei, währenddem definitive Abbrüche ein gegenstandsloses Verfahren beseitigen (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 8 S. 785). Anders als beim Verfahrensabbruch im Hinblick auf den endgültigen Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft kann gemäss der Lehre die Vergabebehörde von einem betroffenen Anbieter gezwungen werden, das laufende Verfahren weiterzuführen und es durch Zuschlagserteilung abzuschliessen, sofern sich die Abbruchverfügung als widerrechtlich erweist (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 797 S. 352 f.).

**2.3** In der vorliegend angefochtenen Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 ordnete die Vergabestelle an, dass das Vergabeverfahren Projekt Nr. (1342) 609 Datentransport hinsichtlich Teillos 1.2 „definitiv abgebrochen“ werde (vgl. Dispositiv-Ziffer 1). In der Begründung führte sie aus, der Abbruch des Teilloses 1.2 (100 Standorte + 1'000 optionale Standorte) habe zur Folge, dass trotz rechtsgültigen Beschaffungsvertrages keine weitere Bestellung von Leistungen aus dem Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1+2 mehr getätigt werde. Die Vergabestelle nehme umgehend die Vorbereitung eines neuen Beschaffungsverfahrens an die Hand, um den weiterhin dringenden Bedarf an Datentransportleistungen zeitnah decken zu können. Sie sei zum Schluss gekommen, dass zur Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze sowie der projektspezifischen Sicherheitsanforderungen ein „definitiver Abbruch des Teilloses 1.2“ der einzig gangbare Weg sei. Dies habe auch zur Folge, dass ein neues Beschaffungsverfahren durchgeführt werden müsse. Sie werde zu diesem Zweck erneut eine Überprüfung der Sicherheitslage sowie des konkreten Schutzbedarfs der benötigten IKT-Leistung durchführen und auf der Basis der daraus resultierenden Ergebnisse ein neues Beschaffungsverfahren vorbereiten. In ihrer Vernehmlassung vom 16. März 2017 führt die Vergabestelle nochmals aus, dass derzeit ein neues Beschaffungsverfahren vorbereitet werde. Sie habe nach eingehender Prüfung beschlossen, das Verfahren „definitiv“ abzubrechen und werde die immer noch benötigten Leistungen in einer neuen Form wieder beschaffen. Weil ein neues Vergabeverfahren für Bandbreiteleistungen erfolgen werde, sei der Abbruch „endgültig“.

Aufgrund dieser Ausführungen ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass die in der Verfügung gewählte Bezeichnung des Abbruchs als „definitiv“ bzw. „endgültig“ wohl eher unzutreffend ist und die Qualifikation als provisorischer Abbruch näher liegt.

**2.4** Das Bundesverwaltungsgericht wies in seinem Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück. In diesen Erwägungen führte es aus, die Vergabestelle werde zu prüfen haben, ob sie den Bundesrat um Ermächtigung ersuchen wolle, seine Anordnung in Bezug auf die Eignungskriterien so zu modifizieren, dass sie der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten könne, den Nachweis zu erbringen, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine „no Spy“-Erklärung mit entsprechenden Belegen, oder ob sie das Verfahren in Bezug auf das Teillos 1.2 in einer Art und Weise abbrechen wolle, welche

dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung trage (vgl. Urteil des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 6).

**2.5** Wie dargelegt, kann das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 8. Juli 2016 nicht als formell rechtskräftig eingestuft werden. Dessen ungeachtet ist auch das Bundesverwaltungsgericht – unter Vorbehalt eigentlicher Revisionsgründe – an sein eigenes Urteil gebunden (vgl. Urteile des BVGer B-3262/2014 vom 3. September 2014 E. 2 und B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 4.2; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz 1158; WEISSENBERGER/HIRZEL, a.a.O., Art. 61 N. 28).

Es besteht für das Bundesverwaltungsgericht daher kein Anlass, sein Urteil und die darin der Vergabestelle erteilten Weisungen zu hinterfragen oder nochmals zu begründen.

**2.6** Soweit die Beschwerdeführerin rügt, der Abbruch im vorliegenden Fall sei an sich rechtswidrig, weil die Voraussetzungen dafür nicht gegeben seien, ist darauf hinzuweisen, dass sich die Ermächtigung zum Verfahrensabbruch ausdrücklich aus der einschlägigen Erwägung des Urteils vom 8. Juli 2016, auf die das Dispositiv verweist, ergibt, weshalb sie auch für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich ist.

Eigentliche Revisionsgründe macht die Beschwerdeführerin keine geltend. Der von ihr angeführte Sachverhalt, insbesondere der Umstand, dass die Vergabestelle bereits während des ersten Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht und entgegen dem gerichtlichen Verbot einen Teil derjenigen Standorte, die Gegenstand des Teilloses 1.2 sind, durch die Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 erschliessen liess, waren dem Bundesverwaltungsgericht bereits vor dem Urteil vom 8. Juli 2016 bekannt. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht nicht geltend, die Frage, um welche Standorte genau es sich dabei handelte, wäre für jenes Urteil entscheidend relevant gewesen.

Auf die Rüge der Beschwerdeführerin, der Abbruch im vorliegenden Fall sei rechtswidrig, weil die Voraussetzungen dafür nicht gegeben seien, ist daher nicht einzutreten.

**2.7** Dass die Vergabestelle die ihr erteilte Weisung nicht entsprechend dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts oder sonstwie in rechtswidriger Weise umgesetzt habe, wird von der Beschwerdeführerin nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich, zumal die Vergabestelle ausdrücklich eine Neuausschreibung in Aussicht stellt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Ermächtigung zum Verfahrensabbruch ausdrücklich an die Auflage geknüpft, dass dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung getragen werde. Auch diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend, dass diese Auflage zeitlich vor dem Abbruch erfüllt sein müsse.

**2.8** Die angefochtene Abbruchverfügung ist daher nicht zu beanstanden.

### **3.**

Was das Begehren der Beschwerdeführerin betrifft, ihr sei bekannt zu geben, welche Standorte des ursprünglichen Teilloses 1.2 und welche der 1'000 optionalen Standorte von der Vergabestelle seit dem Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 erschlossen worden seien, so ist, wie dargelegt, unklar, ob es sich bei diesem Rechtsbegehren um ein selbständiges, materielles Rechtsbegehren handeln soll oder lediglich um einen prozessualen Antrag.

**3.1** Welche Standorte des ursprünglichen Teilloses 1.2 und der 1'000 optionalen Standorte bereits erschlossen worden sind, ist – wie dargelegt – ohne Relevanz für die Frage, ob die Abbruchverfügung rechtens ist oder nicht. Soweit das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin daher in prozessualer oder materieller Hinsicht im Zusammenhang mit ihrer Beschwerde gegen die Abbruchverfügung und ihrem Rechtsbegehren, der Zuschlag für das Teillos 1.2 sei ihr direkt zu erteilen, steht, ist es daher in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen bzw. ist mit der Vergabestelle davon auszugehen, dass es durch den Abbruch gegenstandslos geworden ist.

**3.2** Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, sie benötige diese Akteneinsicht im Hinblick auf die Neuausschreibung. Es sei für sie eminent wichtig zu wissen, welche Standorte dann ausgeschrieben würden, damit sie zu den gleich vorteilhaften Konditionen mitbieten könne, die ohne die

Intervention des Bundesrates im ersten Vergabeverfahren zu einem Zuschlag für 100 Standorte an sie geführt hätten.

Es mag sein, dass die Beschwerdeführerin ein wirtschaftliches Interesse an der genauen Kenntnis der Standorte, die Gegenstand der Neuausschreibung sein werden, hat, um ihr Angebot optimal kalkulieren zu können. Sofern die Vergabestelle indessen diese Information dazumal nicht ohnehin allen Anbietern zur Verfügung stellen will, verbietet es der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbieter offensichtlich, nur der Beschwerdeführerin derartige Zusatzinformationen zu geben.

**3.3** Die Beschwerdeführerin begründet ihr Akteneinsichtsbegehren weiter im Hinblick auf ein allfälliges Haftungsverfahren.

Für ein allfälliges Haftungsbegehren sei unabdingbar, dass die Standortlisten herausgegeben würden, weil sie sonst nicht in der Lage sei, die Haftungsvoraussetzungen und den Schaden zu substantiieren. Ihre Schadenersatzansprüche beschränkten sich nicht allein auf Art. 35 BöB, sondern gingen darüber hinaus, weil die Vergabestelle Standorte erschlossen habe, welche das Teillos 1.2 und die 1'000 optionalen Standorte betreffen, die ohne den Bundesratsbeschluss ihr hätten zugeschlagen werden müssen. Für ein allfälliges Haftungsbegehren, welches sämtliche Gesichtspunkte der möglichen Schadensgrundlagen erfasse, sei es unabdingbar, dass die Standortlisten herausgegeben würden. Ansonsten sei die Beschwerdeführerin gar nicht in der Lage, die Haftungsvoraussetzungen und den Schaden zu substantiieren. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei die Akteneinsicht dann vor der Einleitung eines Verfahrens zu gewähren, wenn das Verfahren sinnvollerweise nur dann eingeleitet werden könne, wenn Kenntnis der Akten vorhanden sei.

Die Vergabestelle wendet ein, gemäss Art. 26 Abs. 2 BöB habe die Beschwerdeführerin in einem Beschaffungsverfahren keinen Anspruch auf Akteneinsicht und könne eine solche auch nicht aus Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 29a BV ableiten. Auch handle es sich bei den von der Beschwerdeführerin beantragten Standortlisten nicht um Verfahrensakten; vielmehr müssten sie von der Vergabestelle zuerst erstellt werden und bildeten den Bezug von Leistungen gestützt auf einen privatrechtlichen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nach Abschluss eines Vergabeverfahrens ab. Die Vergabestelle legt dar, sie habe zuhanden des Gerichts eine aktualisierte vertrauliche Liste mit den bereits erschlossenen Standorten erstellt. Diese

enthalte teilweise als vertraulich klassifizierte Standorte, deren Bekanntgabe die Sicherheit der Bevölkerung beeinträchtigen könnte. Bereits eine entsprechend geschwärzte Liste würde im Kontext zu viele Informationen preisgeben und ein Sicherheitsrisiko generieren, weshalb der Beschwerdeführerin kein Zugang zu dieser Liste gewährt werden könne. Nicht möglich sei es sodann, eine Liste mit den noch nicht erschlossenen Standorten zu erstellen, da der künftige Bedarf aktuell nicht abschliessend bekannt sei und die Bedarfsabklärung mit Bezug auf das neu durchzuführende Vergabeverfahren noch nicht abgeschlossen sei.

**3.3.1** Die Rechtsprechung leitet aus Art. 29 Abs. 2 BV ab, dass der Anspruch auf Akteneinsicht auch ausserhalb eines hängigen Verfahrens geltend gemacht werden kann. Eine umfassende Wahrung der Rechte kann es gebieten, dass der Betroffene oder ein Dritter Akten eines abgeschlossenen oder bevorstehenden Verfahrens einsehe. Allerdings ist dieser Anspruch davon abhängig, dass der Rechtsuchende ein besonderes schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann (vgl. Urteil des BGer 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006 E. 3.6.1; BGE 118 Ia 488 E. 2c, m.H.). Ein schutzwürdiges Interesse an der Akteneinsicht wird von der Rechtsprechung insbesondere bejaht, wenn es zur Vorbereitung eines Verfahrens beansprucht wird, mit dem ein Ausgleich – zum Beispiel im Sinne von Schadenersatz – angestrebt wird (vgl. Urteil des BGer 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006 E. 3.6.1 f.; BGE 130 III 42 E. 3.2.2, BGE 129 I 249 E. 5.2). Wird ein Haftungsbegehren anhängig gemacht, so ist es auch denkbar, dass die Akteneinsicht in diesem letzteren Verfahren verlangt wird (vgl. BGE 118 Ia 488 E. 2c).

**3.3.2** Im vorliegenden Fall hat das Bundesverwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses der Beschwerdeführerin in seinem Urteil vom 8. Juli 2016 festgestellt. Inwiefern die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Substantiierung der Haftungs Voraussetzungen die Herausgabe der von ihr verlangten Listen benötigt, ist daher nicht nachvollziehbar.

**3.3.3** Was die Frage der Substantiierung des Schadens betrifft, so scheint die Beschwerdeführerin offenbar davon auszugehen, dass sie Anspruch nicht nur auf den Ersatz der Aufwendungen, die ihr im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (vgl. Art. 34 Abs. 2 BöB), bzw. ihres negativen Vertragsinteresses hat, sondern auf den Ersatz ihres positiven Vertragsinteresses. Worauf sie diese Rechtsauffassung stützt, hat sie nicht dargetan. Diese Frage kann indessen im vorliegenden Verfahren ohnehin offen bleiben. Es wird Sache der für das durch

die Beschwerdeführerin einzuleitende Haftungsverfahren zuständigen Erstinstanz sein, darüber zu befinden. Für das vorliegende Verfahren relevant ist einzig, dass die Beschwerdeführerin in keiner Weise substantiiert, warum sie die von ihr beantragte Akteneinsicht – sofern sie denn rechtlich relevant und trotz der von der Vergabestelle geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen zulässig sein sollte – nicht genauso gut in jenem Haftungsverfahren verlangen könnte.

**3.4** Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin, ihr sei bekannt zu geben, welche Standorte des ursprünglichen Teilloses 1.2 und welche der 1'000 optionalen Standorte von der Vergabestelle seit dem Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 erschlossen worden seien, erweist sich daher als unbegründet.

**4.**

Insgesamt ist die Beschwerde somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**5.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Geht es wie vorliegend um Vermögensinteressen, richtet sich die Gerichtsgebühr grundsätzlich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse mit einem Streitwert von über 5 Mio. Franken, beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 15'000.– bis Fr. 50'000.– (vgl. Art. 4 VGKE).

**6.**

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vergabestelle als Bundesamt hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 12'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 25'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 13'000.– wird zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Beilage: Rückerstattungsformular; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 100648; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (vgl. Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 8. Juni 2017