



Abteilung II
B-998/2014

Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014

Besetzung

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

Parteien

X. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. Isabelle Häner
und Rechtsanwalt Dr. iur. Simon Osterwalder,
Bratschi Wiederkehr & Buob AG, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst, Fellerstrasse 21, 3003 Bern,
vertreten durch Rechtsanwälte
Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb und lic. iur. Micha Bühler,
Walder Wyss AG, 8034 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

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

Sachverhalt:

A.

Am 21. Juni 2013 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP einen Dienstleistungsauftrag gemäss Gemeinschaftsvokabular CPV 72000000 ("IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung") mit dem Projekttitel "(1342) 609 Datentransport" des Bundesamts für Informatik und Telekommunikation BIT im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 780633; Projekt-ID 100648).

Der Beschaffungsgegenstand wurde im detaillierten Aufgabenbeschrieb umschrieben (Ziffer 2.5 der Ausschreibung):

"Der Beschaffungsgegenstand umfasst die Erschliessung und die Versorgung mit Managed Carrier-Ethernet-Diensten sowie optischen Diensten. Diese Datentransportleistungen werden für unterschiedliche Zwecke verwendet. Einerseits als Vorleistung für die durch das BIT als interner Leistungserbringer erbrachten Datentransportdienste, andererseits für andere interne Leistungserbringer in der Bundesverwaltung als ‚Wholesale-Produkt‘. Als weitere optionale Services können Dienstleistungen in Regie, Verschlüsselungen auf aller Managed Services, sowie Mobile Access bezogen werden. Die zu beschaffenden Managed Carrier-Ethernet-Dienste werden auch zur Ablösung der bestehenden Mietleitungen eingesetzt. Die einzelnen Standorte innerhalb der Schweiz sind aktuell im Detail noch nicht geplant. Die Zuschlagsempfänger sollen in die Planung und Umsetzung eng mit einbezogen werden. Aus diesen Gründen wird ein Rahmenvertrag für Leistungen in den Jahren 2014 – 2018, optional verlängerbar bis 2026 ausgeschrieben. Dieses Beschaffungsvorhaben ist in 2 Lose aufgeteilt (...):

Los 1: Standorte ganze Schweiz. Den selektierten Lieferanten für Los 1 werden bei Vertragsabschluss 300 (Zuschlagsempfänger 1) beziehungsweise 100 (Zuschlagsempfänger 2) Managed-Service-Instanzen an existierenden Standorten (...) zugeschlagen. Die dafür vorgesehene Liste der initial zugeschlagenen Standorte (Standortliste Erstzuschlag) wird vor Vertragsunterzeichnung offengelegt. Die Preise für die Managed-Service-Instanzen des Erstzuschlags entsprechen den von den selektierten Lieferanten offerierten Preisen. Die Standorte in Bern sind nicht Teil des Erstzuschlags, da diese Standorte voraussichtlich mit den bestehenden bundeseigenen Glasfasern erschlossen werden. Weitere Managed-Service-Instanzen können – je nach Terminvorgaben – den selektierten Lieferanten während der Vertragsdauer entweder direkt oder mittels eines Mini Tender Verfahrens zugeschlagen werden. Die selektierten Lieferanten stehen dabei zueinander in Konkurrenz; ihre Preisofferten dürfen die vereinbarten Preise nicht überschreiten.

Los 2: Standorte in den Ballungsgebieten Genf, Bern, Basel, Zürich (mit Los 1 übergreifend). Bei Los 2 handelt es sich um ein rein optionales Los. Das heisst, die Vergabebehörde behält sich vor, die als Option definierten Leis-

tungen ganz, teilweise oder gar nicht zu beziehen. Falls ein Lieferant für Los 2 selektiert wird, wird dieser bei der Vergabe von Los 2 markierte Managed-Service-Instanzen während der Vertragsdauer entweder direkt oder mittels eines Mini-Tender Verfahrens für den Zuschlag mitberücksichtigt. Der selektierte Lieferant von Los 2 steht dabei in Konkurrenz zu den selektierten Lieferanten von Los 1; seine Preisofferten dürfen die vereinbarten Preise (gemäss den Preisblättern) nicht überschreiten. Die Standorte in Bern werden voraussichtlich auch künftig mit den bundeseigenen Glasfasern erschlossen. Im Falle von Managed-Service-Instanzen des Loses 2 können somit maximal drei selektierte Lieferanten im Rahmen eines Mini-Tenders zueinander in Konkurrenz stehen.

Verhältnis von Los 1 zu Los 2: Die Anbieter von Los 1 bieten automatisch auch die Leistungen von Los 2 an, da das Los 2 eine Schnittmenge von Los 1 ist. Es ist hingegen zulässig, auch nur ein Angebot auf Los 2 anzubieten. Falls ein Zuschlagsempfänger Los 1 und Los 2 gleichzeitig angeboten hat und nun in Los 1 einen Zuschlag gewinnt, so wird das Angebot in Los 2 hinfällig. (...)"

Die Angebote waren bis zum 26. August 2013 einzureichen (vgl. Ziffer 1.4 der Ausschreibung).

B.

Mit Beschluss vom 29. Januar 2014 entschied der Bundesrat, dass aufgrund der Erkenntnisse zur nachrichtendienstlichen Ausforschung elektronischer Daten durch Dienststellen ausländischer Staaten besonders kritische Informations- und Kommunikationstechnik (IKT)-Infrastrukturen für die Bundesverwaltung aus Gründen der Staatssicherheit künftig von ihr selbst oder im Falle der Externalisierung nur von Unternehmen erbracht werden sollten, welche ausschliesslich unter Schweizer Recht handelten, sich zur Mehrheit in Schweizer Eigentum befänden und ihre Leistung gesamtheitlich innerhalb der Schweizer Landesgrenzen erzeugten (vgl. Beschlussziffer 5). Mit gleichem Beschluss beauftragte der Bundesrat das Eidgenössische Finanzdepartement EFD, Firmen, welche diese Anforderungen nicht erfüllten, von laufenden Beschaffungsverfahren für Datentransportleistungen auszuschliessen (vgl. Beschlussziffer 6, vgl. auch Medienmitteilung der Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 5. Februar 2014).

C.

Die Vergabestelle teilte der X. _____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 5. Februar 2014 vorab telefonisch mit, dass sie aufgrund des Bundesratsentscheids vom 29. Januar 2014 als Lieferantin von Daten-

transportleistungen für die Bundesverwaltung nicht mehr in Frage kommen.

D.

Am 5. Februar 2014 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 807149), dass sie den Zuschlag 1.1 an die Y. _____ AG (nachfolgend: 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. Die Vergabestelle begründete den Zuschlag damit, dass es sich um die beste Erfüllung der Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen gehandelt habe. Im Weiteren hielt die Vergabestelle fest, der Zuschlag 1.2 sei nicht erfolgt, da kein zweites Angebot alle technischen Spezifikationen und Eignungskriterien erfüllt habe.

Ebenfalls am 5. Februar 2014 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 807153), dass das Verfahren in Bezug auf Los 2 definitiv abgebrochen und nicht neu ausgeschrieben werde. Zur Begründung hielt sie fest, es sei kein Zuschlag möglich gewesen, weil von keinem Anbieter für Los 2 ein Angebot eingereicht worden sei. Das Projekt werde nicht verwirklicht. Los 1 beinhalte die ganze Schweiz.

E.

Gegen diese Verfügungen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 25. Februar 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014 sei aufzuheben, und es sei ihr der Zuschlag 1.1 aus dem Los 1, eventualiter der Zuschlag 1.2 aus dem Los 1, zu erteilen. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zur vollständigen Bewertung des Loses 1 zurückzuweisen. Sodann sei der Abbruch der Ausschreibung für das Los 2 aufzuheben, und es seien die Zuschläge aufgrund der Akten zu erteilen; eventualiter sei das Verfahren zur Fortsetzung und zum Zuschlagsentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin unter anderem die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe ohne weitere Verhandlungen die Eignungskriterien in derart wesentlichen Punkten geändert, dass die Beschwerdeführerin kurzerhand "ex nunc" von der Vergabe ausgeschlossen worden sei. Dieses Verhalten der Vergabestelle verletze das Gebot der Transparenz und das Prinzip der Gleichbehandlung von in-

ländischen und ausländischen Anbietern. Das Kriterium, wonach nur Firmen in mehrheitlich schweizerischem Eigentum und/oder unter Kontrolle von Schweizern an Ausschreibungen zur IKT-Leistungserstellung des Bundes zugelassen würden, verletze die grundlegendsten Bestimmungen des WTO-Abkommens, des Bilateralen Abkommens zum öffentlichen Beschaffungswesen und des Schweizerischen Gesetzes- und Verfassungsrechts. Im Weiteren seien die neuen Eignungskriterien auch unverhältnismässig und der Bundesratsbeschluss könne sich nicht auf eine ausreichende Grundlage stützen. Die Beschwerde sei begründet, da eine sehr schwerwiegende Verletzung wesentlicher öffentlicher Interessen und von Staatsverträgen wie auch des BöB in Frage stehe. Der Vergabestelle sei bereits vor Einleitung des Verfahrens bekannt gewesen, dass ausländische Geheimdienste im Zusammenhang mit der Datenbeschaffung aktiv seien. Die Eignungskriterien hätten demzufolge von der Vergabestelle bereits bei der Ausschreibung entsprechend formuliert werden können. Die Vergabestelle habe die Dringlichkeit, die sie nun geltend mache, selbst verschuldet. Zudem könne der Datentransport auch mit der bestehenden Lösung noch weitergeführt werden, weshalb die Vergabestelle nicht in Bälde darauf angewiesen sei, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen zu müssen. Die aufschiebende Wirkung sei daher zu erteilen.

F.

Die Vergabestelle beantragt mit Stellungnahme vom 19. März 2014, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, das Verfahren sei auf die Eintretensfrage zu beschränken und der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Sollte das Bundesverwaltungsgericht auf Eintreten befinden, so sei ein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid zu erlassen. Anschliessend sei ihr eine angemessene Frist anzusetzen, um zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abschliessend Stellung zu nehmen und die vollständigen Verfahrensakten einzureichen.

Zur Begründung führt sie aus, die Prozessvoraussetzungen seien nicht erfüllt, weshalb auch die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin nicht behandelt werden könnten, sondern vielmehr gegenstandslos seien; überdies seien die Vorbringen der Beschwerdeführerin über weite Strecken unzutreffend. Die Beschwerde richte sich letztlich gegen den Bundesratsentscheid, wonach aus Gründen der Staatssicherheit nur inländische bzw. inländisch beherrschte Anbieter mit der Konzipierung, Entwick-

lung und dem Betrieb von Datentransportdienstleistungen im Inland für die Bundesverwaltung betraut werden dürften. Der Bundesratsbeschluss (nachfolgend auch: BRB) stelle einen klassischen Regierungsakt ("*acte de gouvernement*") dar, der angesichts seines genuin politischen Charakters einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich sei. Im Weiteren sei die Beschwerdeführerin mangels praktischen Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert.

G.

Mit Verfügung vom 21. März 2014 beschränkte die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel vorerst auf die Eintretensfrage.

H.

Die Beschwerdeführerin hält mit Stellungnahmen vom 15. April 2014 und 12. Mai 2014 an ihren Anträgen fest, beantragt die Abweisung des Rechtsbegehrens der Vergabestelle auf Nichteintreten und verlangt die materielle Behandlung der Beschwerde. Auch die Vergabestelle hält mit Vernehmlassung vom 6. Mai 2014 an ihren Rechtsbegehren und prozessualen Anträgen fest.

I.

Mit Zwischenentscheid vom 21. Mai 2014 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde ein. Gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen.

J.

Die Vergabestelle beantragt mit Eingabe vom 10. Juni 2014, der Prozessgegenstand sei auf die Frage zu beschränken, ob der Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 die Vergabestelle rechtsverbindlich anweise, die Beschwerdeführerin aus dem streitbetroffenen Verfahren auszuschliessen. Im Weiteren sei der Vergabestelle eine angemessene Frist zur Einreichung derjenigen Verfahrensakten einzuräumen, die einen Bezug zum beschränkten Prozessgegenstand aufwiesen, und es sei ein einfacher Schriftenwechsel zum beschränkten Prozessgegenstand durchzuführen. Nach dessen Abschluss seien die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung vorzuladen. Es sei nicht gerechtfertigt, ein langjähriges Verfahren zur Frage der massgebenden Sicherheitsinteressen zu führen, bevor diese entscheidende Vor- und Hauptfrage geklärt sei.

K.

Mit Stellungnahme vom 20. Juni 2014 beantragt die Beschwerdeführerin

die Abweisung sämtlicher Anträge der Vergabestelle, die Gutheissung der Beschwerde und die Fortsetzung des Verfahrens ohne weitere Verzögerungen.

L.

Die Vergabestelle reicht mit Eingaben vom 4. Juli 2014 die Verfahrensakten ein und beantragt mit Stellungnahme vom 8. Juli 2014 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, sowie die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und die Aufhebung des superprovisorisch gewährten vorsorglichen Vollzugsverbots. Es bestehe ein akutes und bestens dokumentiertes Risiko systematischer nachrichtendienstlicher Ausforschungen von strikt vertraulicher Kommunikation des Staates. Der schweizerische Bundesrat habe diesem nationalen Sicherheitsbedürfnis mit Entscheid vom 29. Januar 2014 entsprochen und den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem streitbetroffenen Vergabeverfahren angeordnet. Die individuell-konkrete Anordnung des Bundesrats könne nicht angefochten werden und sei auch nicht angefochten worden. Auch eine akzessorische Überprüfung der bundesrätlichen Anordnung sei ausgeschlossen. Die Beschwerde sei daher sowohl in Bezug auf Los 1 als auch auf Los 2 aussichtslos. Die öffentlichen Interessen (Funktionsfähigkeit der Verwaltung, Innovation, Wirtschaftlichkeit, nicht amortisierbare Investitionen etc.) würden die privaten Interessen der gewinnstrebigen Beschwerdeführerin deutlich überwiegen. Durch die Beschwerde werde nicht nur die Aufrechterhaltung der Kommunikationswege der Bundesverwaltung behindert, sondern auch eine Reihe weiterer IT-Projekte gefährdet.

M.

Die Beschwerdeführerin hält mit Eingabe vom 10. Juli 2014 fest, es gebe keinen vernünftigen und sachlich vertretbaren Grund, sie allein aufgrund ihrer ausländischen Aktionärsstruktur auszuschliessen und den Zuschlag der Y._____AG zu erteilen. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin erweise sich im Licht der aktuellen Medienberichterstattung als völlig unverhältnismässig und willkürlich.

N.

Die Vergabestelle bekräftigt mit Stellungnahme vom 31. Juli 2014 ihre mit Eingabe vom 8. Juli 2014 gestellten Rechtsbegehren und prozessualen Anträge. Entsprechend der mit Verfügung vom 16. Juli 2014 ergangenen Aufforderung der Instruktionsrichterin reicht die Vergabestelle einen Abdeckungsvorschlag in Bezug auf den Evaluationsbericht ein.

O.

Mit Verfügung vom 4. August 2014 führte die Instruktionsrichterin aus, aus dem Evaluationsbericht ergebe sich, dass die Zuschlagsempfängerin in Bezug auf Los 1 eine höhere Punktzahl erreicht habe als die Beschwerdeführerin, und stellte der Beschwerdeführerin den von der Vergabestelle grösstenteils abgedeckten Evaluationsbericht zu.

P.

Die Beschwerdeführerin zieht mit Eingabe vom 20. August 2014 ihr Beschwerdebegehren 2a insofern teilweise zurück, als sie damit den Zuschlag des Loseils 1.1 (300 Standorte) an sich beantragt hat, hält aber am Eventualantrag 2a, d.h. an der Zuschlagserteilung für den Loseil 1.2 (100 Standorte) sowie an allen übrigen Anträgen fest. Zur Begründung führt sie aus, sie könne das Los 1.2 für 100 Standorte aufgrund bestehender Anschlussinfrastrukturen zu vorteilhafteren Bedingungen realisieren als die Zuschlagsempfängerin. Letztere könne mit dem Ausbau von 300 Standorten beginnen. Da daher keine Dringlichkeit mehr vorliege, sei der Beschwerde auch weiterhin die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Q.

Die Instruktionsrichterin stellte mit Verfügung vom 21. August 2014 fest, dass die mit Verfügung vom 27. Februar 2014 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde in Bezug auf die 300 Standorte des Loseils 1.1. infolge des Teilrückzugs der Beschwerde dahin gefallen sei.

R.

Die Vergabestelle hält mit Stellungnahme vom 5. September 2014 an ihren Rechtsbegehren und prozessualen Anträge fest. Zur Begründung führt sie aus, sie habe am 2. September 2014 den bereits im Beschaffungsverfahren publizierten Vertrag für das Teillos 1.1 mit der Zuschlagsempfängerin geschlossen. Mit dem Rückzug des Hauptantrags 2a betreffend Teillos 1.1 sei das Verfahren lediglich hinsichtlich des Teilloses 1.2 fortzusetzen, wobei es zur Zeit infolge des Wahlrechts der Vergabestelle offen bleiben müsse, welche Standorte streitbetroffen seien. Eine Fortführung des Verfahrens in Bezug auf den noch aufrecht erhaltenen Hauptantrag 2c (Aufhebung des Abbruchs der Ausschreibung für das Los 2) erscheine dagegen nicht angebracht, denn die Beschwerdeführerin habe kein Angebot für Los 2 eingereicht und sei vom Abbruch nicht beschwert. Zum Punkteunterschied sei festzuhalten, dass das Angebot der

Beschwerdeführerin preislich in allen bewerteten Szenarien um Faktoren teurer gewesen sei als das Angebot der Zuschlagsempfängerin.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheidendes ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Mit Zwischenentscheid vom 21. Mai 2014 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde ein.

In der Folge erhielt die Beschwerdeführerin teilweise Einsicht in den Evaluationsbericht, worauf sie mit Eingabe vom 20. August 2014 ihre Beschwerde insofern teilweise zurückzog, als sie damit den Zuschlag des Loseils 1.1 (300 Standorte) an sich beantragt hatte. In der Folge stellte die Instruktionsrichterin fest, dass die mit Verfügung vom 27. Februar 2014 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde in Bezug auf die 300 Standorte des Loseils 1.1 infolge des Teilrückzugs der Beschwerde dahingefallen sei, worauf die Vergabestelle am 2. September 2014 den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf diese 300 Standorte abschloss.

Die Beschwerdeführerin hält an ihrem Eventualantrag in Bezug auf eine Zuschlagserteilung für den Loseil 1.2 (100 Standorte) sowie an ihrer Beschwerde gegen den Abbruch des Verfahrens in Bezug auf das Los 2 weiterhin fest, ebenfalls an ihrem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Zuzugabe des Teilrückzugs der Beschwerde kann sich der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung indessen nur noch auf die Beschwerdebegehren betreffend den Loseil 1.2 und das Los 2 beziehen. In Bezug auf den Loseil 1.2 und das Los 2 enthält die angefochtene Verfügung zwar keinen Zuschlag, weshalb sich die Frage einer unmittelbar bevorstehenden Vertragsunterzeichnung mit einem Zuschlagsempfänger nicht in gleicher Weise stellt wie bei einer Zuschlagsverfügung. Indessen ist nicht auszuschliessen, dass, sofern die beantragte aufschiebende Wirkung nicht gewährt würde, die Vergabestelle Massnahmen treffen könnte, welche ein Endurteil im Sinne der Beschwerdebegehren präjudizieren könnten. So enthält die Ausschreibung die Passage: "Weitere Managed-Service-Instanzen können - je nach Terminvorgaben - den selektierten Lieferanten während der Vertragsdauer entwe-

der direkt oder mittels eines Mini Tender Verfahrens zugeschlagen werden." Da zur Zeit die Zuschlagsempfängerin als Einzige den Status einer selektierten Lieferantin aufweist, könnte die Vergabestelle versucht sein, ihr weitere Standorte aus dem Loseil 1.2 oder aus dem Los 2 freihändig zuzuschlagen. Die Vergabestelle ihrerseits beantragt ausdrücklich, die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung zu entziehen, was impliziert, dass sie konkret beabsichtigt, in absehbarer Zeit präjudizierende Massnahmen zu treffen.

Insofern besteht ein aktuelles praktisches Interesse der Beschwerdeführerin an der von ihr beantragten Erteilung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gegen ihren impliziten Ausschluss in Bezug auf den Loseil 1.2 und den Abbruch des Verfahrens in Bezug auf Los 2.

2.

Beschwerden gegen Verfügungen, die in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fallen, haben keine aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 1 BöB), im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht kann die aufschiebende Wirkung indessen auf Gesuch hin erteilen (Art. 28 Abs. 2 BöB).

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von 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 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1, mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, 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 (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1, mit Hinweisen).

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. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; SR 172.056.4) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1, mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2, mit Hinweisen; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1341).

3.

In ihrer publizierten Verfügung hat die Vergabestelle die Nichterteilung des Zuschlags in Bezug auf den Loseil 1.2 damit begründet, dass kein zweites Angebot alle technischen Spezifikationen und Eignungskriterien erfüllt habe. Gegenüber der Beschwerdeführerin machte sie konkret geltend, der Bundesrat habe am 29. Januar 2014 beschlossen, aus Gründen der Staatssicherheit dürften nur inländische bzw. inländisch beherrschte Anbieter mit der Konzipierung, Entwicklung und dem Betrieb von Daten-transportdienstleistungen im Inland für die Bundesverwaltung betraut werden. Diese Eignungskriterien erfülle die Beschwerdeführerin nicht.

Den Abbruch des Verfahrens in Bezug auf das Los 2 begründete die Vergabestelle damit, dass kein Zuschlag möglich gewesen sei, weil von keinem Anbieter für Los 2 ein Angebot eingereicht worden sei. Da die Ausschreibungsbestimmungen vorsehen, dass Anbieter von Los 1 automatisch auch die Leistungen von Los 2 anbieten und das Los 2 eine Schnittmenge von Los 1 ist, ist davon auszugehen, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin in Bezug auf den Loseil 1.2 auch in Bezug auf dieses automatische Mitangebot für das Los 2 relevant ist.

Die Beschwerdeführerin rügt, das Verhalten der Vergabestelle verletze das Gebot der Transparenz und das Prinzip der Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Anbietern. Die Ausschreibungsbedingungen und Eignungskriterien seien nach der Bewertung der Offerte unter Missachtung der Grundsätze des Vergabe- und Verfassungsrechts geändert worden. Die Vergabestelle habe die Änderung der Ausschreibungsunterlagen nicht vorgängig bekannt gegeben und auch keine Verhandlungen über die geänderten Eignungskriterien geführt. Die Eignungskriterien seien in derart wesentlichen Punkten geändert worden, dass die Beschwerdeführerin kurzerhand "ex nunc" von der Vergabe ausgeschlossen worden sei. Die geänderten Eignungskriterien seien daher unbeachtlich.

3.1 Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 9 BöB lautet:

"(1) Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf.

(2) Sie gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt."

Fehlende Eignung bzw. die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters vom Verfahren (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

3.2 Die Eignungskriterien sind von den Zuschlagskriterien abzugrenzen. Mittels Eignungskriterien wird ein Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter erbracht. Die Eignungskriterien beziehen sich somit auf das anbietende Unternehmen und dessen Eigenschaften. Die Zuschlagskriterien dagegen konkretisieren den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Er wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält in der Folge den Zuschlag (vgl. Art. 21 Abs. 1 BöB). Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen, welche in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen und zu gewichten sind (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB und Art. 27 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen (vgl. ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 124). Der Zuschlag erfolgt damit an denjenigen Anbieter, von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen und dessen Angebot als das wirtschaftlich günstigste bzw. billigste beurteilt wird (vgl. MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 12/2001, S. 1406).

Die Eignungskriterien müssen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen sein (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555). Da die Eignungskriterien sich grundsätzlich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen müssen, dürfen nur solche Eignungsnachweise verlangt werden, die im Hinblick auf die zu erbringende Leistung erforderlich sind (vgl. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht in an nutshell, Zürich 2013, S. 81). Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eig-

nungskriterien und der Eignungsnachweise sowie bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat. Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Entscheide der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 22. März 2004, BRK 2004-003 und CRM 2004-004, veröffentlicht in VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 463).

3.3 Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Die Anbieterinnen haben ein schützenswertes Interesse daran, dass die im Voraus gemachten Angaben zu den Leistungsanforderungen oder zu den Beurteilungskriterien (so genannte "Spielregeln des Verfahrens") nicht von der Beschaffungsstelle während des laufenden Verfahrens einseitig abgeändert werden (so etwa der Erläuternde Bericht zu Art. 38 des Vorentwurfs vom 30. Mai 2008 für ein Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, S. 53). Die Bindung der Vergabestelle an die Ausschreibung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB) und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2, mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 579). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2, mit Hinweisen; B- 891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-4902/2013 und B-4904/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 5.5, mit Hinweis auf Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 5.2; B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 4.1). Auch wenn die Vergabestelle das Verfahren aus Gründen, die im öffentlichen Interesse liegen, nach Eingang der Angebote abbricht, so ergibt sich gemäss einem Beschwerdeentscheid der BRK aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass dies rechtswidrig ist, sofern die angerufenen Gründe bereits im Zeitpunkt, als die Vergabe-

stelle die Offerten einverlangte, für sie voraussehbar waren (vgl. BRK 2001-005 vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.39 E. 2e; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 793).

3.4 Im vorliegenden Fall waren die von der Vergabestelle in der Ausschreibung aufgestellten Anforderungen an die Eignungskriterien wie folgt formuliert (vgl. Ziffer 3.7 und 3.8 der Ausschreibung):

"3.7 Eignungskriterien

aufgrund der nachstehenden Kriterien:

Alle wirtschaftlich leistungsfähigen Firmen, welche die nachfolgenden Eignungskriterien bzw. -nachweise gemäss Ziffer 3.8 erfüllen, sind aufgerufen ein Angebot in CHF zu unterbreiten.

3.8 Geforderte Nachweise

aufgrund der nachstehenden Nachweise:

Die nachfolgend aufgeführten Eignungsnachweise müssen vollständig und ohne Einschränkungen oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebotes bestätigt bzw. beigelegt und erfüllt werden, ansonsten wird nicht auf die Offerte eingegangen.

EK1: Bestätigung, dass die Anbieterin dem Auftraggeber vor dem Zuschlag auf Verlangen folgende Nachweise erbringt:

- Aktueller Auszug aus dem Handelsregister, nicht älter als 3 Monate
- aktueller Auszug aus dem Betreibungsregister, nicht älter als 3 Monate. (Ausländische Anbieter legen vergleichbare aktuelle, amtliche Dokumente oder Urkunden bei)

EK2: Die Anbieterin bestätigt die Bezahlung von Steuern und Sozialabgaben.

EK3: Bereitschaft, während der gesamten Vertragsdauer dem BIT einen Account Manager (SPOC) zur Verfügung zu stellen. Weisen Sie die Erfüllung dieses Kriteriums mittels Name, Vorname, e-Mail und Telefonnummer des SPOC sowie dessen Stellvertreter nach.

EK4: Die Anbieterin belegt den Gesamtumsatz im Bereich der ausgeschriebenen Leistungen innerhalb der letzten 3 Jahre inkl. Anzahl Beschäftigter.

EK5: Bitte legen Sie die ausgefüllte und unterschriebene Erklärung der Anbieterin oder des Anbieters "Einhaltung der Arbeitsbedingungen, der Arbeitsschutzbestimmungen sowie der Lohngleichheit von Frau und Mann" bei.

EK6: Die Anbieterin verfügt über eine gültige eidgenössische Fernmeldekonzession.

EK7: Bereitschaft, dass alle zum Einsatz gelangenden Personen einer Personensicherheitsprüfung des Bundes unterzogen werden. Nähere Informationen finden Sie unter www.aios.ch.

EK8: Die Anbieterin inkl. allfällige Subakkordanten müssen eine gültige Betriebssicherheitserklärung besitzen oder einwilligen, eine Betriebssicherheitsprüfung ab Einreichung des Angebots umgehend durchführen zu lassen (SR 510.411 / SR 510.413). Nähere Informationen und der Download der Betriebssicherheitserklärung sind unter www.aios.ch zu finden.

EK9: Nachweis, dass die Anbieterin und allfällige Sublieferanten über ein eingeführtes und regelmässig überprüftes internes Qualitätssicherheitssystem verfügen oder über ein Qualitätsmanagementsystem entsprechend dem Standard ISO 9001 - 2000 oder gleichwertig.

EK10: Die Kommunikationssprache während den Phasen Evaluation und Implementation sowie für die Dokumentation muss Deutsch, Französisch oder Englisch sein.

EK11: Bereitschaft, im Falle eines Zuschlages einen Rahmenvertrag abzuschliessen (der Rahmenvertrag liegt der Ausschreibung bei).

EK12: Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes (AGB):

- für Kauf und Wartung von Hardware (Ausgabe Oktober 2010)
- für Informatikdienstleistungen (Ausgabe Oktober 2010)
- für die Beschaffung und Pflege von Standardsoftware (Ausgabe Oktober 2010)
- für Werkverträge im Informatikbereich und die Pflege von Individualsoftware (Ausgabe Oktober 2010).

Abrufbar unter: www.bbl.admin.ch -Rubrik Dokumentation-AGB Derogationen von Bestimmungen dieser AGB sind nicht möglich. Die in den AGB vorgesehene Möglichkeit, im Vertrag etwas anderes vorzusehen, ist ebenfalls ausgeschlossen. Anbieter, die dennoch Derogationen (Änderungen / Anpassungen) anbringen, werden vom Verfahren ausgeschlossen. Die Bestimmungen des Pflichtenhefts gelten ergänzend zu den AGB."

3.5 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin diese in der Ausschreibung aufgestellten Anforderungen an die Eignungskriterien erfüllte und lediglich aufgrund des im BRB vom 29. Januar 2014 neu eingeführten Erfordernisses, wonach die Anbieterin nicht ausländisch beherrscht sein dürfe, als ungeeignet eingestuft und vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde.

3.6 Wenn die Beschwerdeführerin rügt, ihr Ausschluss gestützt auf Eignungskriterien, welche die Vergabestelle zeitlich nach Einreichung der Angebote neu eingeführt hatte, verletze den Grundsatz von Treu und Glauben und das daraus abgeleitete Transparenzgebot, erscheint dies nach dem Gesagten nicht als offensichtlich unbegründet.

4.

Die Vergabestelle nimmt allerdings den Standpunkt ein, die Einführung dieser nachträglichen Eignungskriterien sei aufgrund des Beschlusses des Bundesrats vom 29. Januar 2014 erfolgt. Der Bundesrat und der Nachrichtendienst des Bundes hätten das Betreiben der Datentransportinfrastruktur der Bundesverwaltung und die Herrschaft über diese durch eine Unternehmung, welche zur Mehrheit in anglo-amerikanischem Besitz stehe, als eine mögliche Schwachstelle identifiziert, welche als Einfallstor für nachrichtendienstliche Angriffe missbraucht werden könne. Zuzug seiner Risikoabschätzung habe der Bundesrat eine Anpassung der mit BRB vom 10. Juni 2011 formulierten Strategie zur Leistungserstellung von Datentransportleistungen als erforderlich befunden und beschlossen, dass Betriebsleistungen der Datenkommunikation für besonders kritische IKT-Infrastrukturen der Bundesverwaltung aus Sicherheitsgründen nur an inländische Unternehmen vergeben werden sollten. Entsprechend sei er zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführerin aus Überlegungen der inneren und äusseren Sicherheit nicht als Leistungserbringerin berücksichtigt werden dürfe, sondern vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Der Bundesrat sei unmittelbar durch die Verfassung befugt und verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit zu treffen (Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Dazu seien auch Massnahmen zur Prävention nachrichtendienstlicher Ermittlungen fremder Staaten zu zählen. Der Schutz der eigenen Institutionen und Organe vor nachrichtendienstlicher Ausforschung bzw. Infiltration seitens fremder Mächte entspreche dem zentralen Sicherheitsbedürfnis jedes souveränen Staats. Das Eidgenössische Finanzdepartement habe den Entscheid befolgen müssen, da ihm als zum Vollzug des bundesrätlichen Entscheids berufener Behörde kein eigener Beurteilungsspielraum verbleibe. Der BRB sei weder unmittelbar noch akzessorisch überprüfbar. Die zum Vollzug der bundesrätlichen Anordnung getroffene Ausschlussverfügung sei daher rechtmässig und eine Beschwerde dagegen aussichtslos.

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, der Bundesratsbeschluss sei eine interne Anordnung, die sowohl Elemente einer Verwaltungsverordnung wie auch Elemente einer konkreten Dienstanweisung aufweise. Er richte sich an das Finanzdepartement und aktualisiere sich für die Beschwerdeführerin erst in den angefochtenen Verfügungen. Dieser Bundesratsbeschluss sei zwar nicht direkt anfechtbar, doch könne er einer akzessorischen Normenkontrolle unterzogen werden. Es handle sich nicht um einen "acte de gouvernement", vielmehr gehe es um ein bereits festgelegtes Verfahren und die Anwendung bestehender nationaler und internationaler Rechtsnormen. Es bleibe daher kein bzw. kein weiterer politischer Ermessensspielraum. Der Bundesrat dürfe weder gestützt auf Art. 184 BV noch gestützt auf Art. 185 BV von Gesetz und Verordnung abweichen, die Rechtsbindung auch an das Vergaberecht und das GPA bleibe bestehen. Die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin habe keine aussenpolitische Bedeutung. Demgegenüber führe der Ausschluss der Beschwerdeführerin allein aufgrund ihrer Eigentümerstruktur unter Verletzung des geltenden Staatsvertrags-, Verfassungs- und Gesetzesrechts zu einer Monopolstellung der Y._____AG. Ein aussergewöhnliches und dringendes Interesse, die Beschwerdeführerin allein wegen ihrer Eigentümerstruktur auszuschliessen, statt ihr den schon geplanten Zuschlag für einen Teil des Loses 1 zu erteilen, sei nicht ersichtlich. Umso weniger, als der Bund die Problematik der spionagebedingten Datenabflüsse längstens gekannt habe.

4.1 Die in Frankreich entwickelte Doktrin der "actes de gouvernement" ist auch in das schweizerische Gesetzesrecht eingeflossen. Staatliche Akte, "bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen", sollen der gerichtlichen Überprüfung entzogen sein (vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 [Botschaft neue BV 96], BBI 1997 I 524; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4217; DENISE BRÜHL-MOSER, Die schweizerische Staatsleitung, Bern 2007 S. 943 f.). Stark politisch geprägte Materien sollen somit von der gerichtlichen Überprüfung ausgenommen sein. Der Begriff des Politischen dient damit wie in den Vergleichsstaaten zur Limitierung des Zugriffsbereichs der Judikative. Diese Limitierung resultiert aus dem Grundsatz, dass das Bundesgericht nicht über den politischen Behörden, also auch nicht über dem Bundesrat, steht (vgl. BRÜHL-MOSER, a.a.O., S. 944).

Aus diesem Grund kann gegen Verfügungen des Bundesrates auf dem Gebiet der Sicherheitspolitik (innere und äussere Sicherheit) im Prinzip

weder Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesverwaltungsgericht noch Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ergriffen werden (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Art. 83 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Verwaltungsbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist allerdings dann zulässig, wenn das Völkerrecht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG). Ist letzteres der Fall, kann gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) ausnahmsweise an das Bundesverwaltungsgericht (und hernach gestützt auf Art. 83 Bst. a BGG an das Bundesgericht) gelangt werden (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 1.25).

Submissionstreitigkeiten weisen in aller Regel einen vermögensrechtlichen Charakter auf und fallen als zivilrechtliche Ansprüche grundsätzlich unter die Schutzgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.338/2004 vom 11. August 2004; BVGE 2008/48 E. 5.4; BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 4), sofern sie in den Anwendungsbereich des BöB fallen (vgl. BVGE 2008/48 E. 5.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 6; BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1204).

Ein völkerrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Beurteilung ergibt sich zudem aus dem GPA, dessen Art. XX Ziff. 2 die Vertragsparteien ausdrücklich verpflichtet, den Bietern in den nationalen Rechtsordnungen ein effektives, nichtdiskriminierendes und transparentes Beschwerdeverfahren zur Verfügung zu stellen (vgl. HERMANN PÜNDER, *Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], *Kompendium des Vergaberechts*, 2. Aufl., Köln 2013, S. 90 Rz. 38; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 5). Beschwerden werden vor ein Gericht oder ein unparteiliches und unabhängiges Überprüfungsorgan gebracht (vgl. Art. XX Ziff. 6 GPA).

Selbst wenn die Ausschlussverfügung direkt vom Bundesrat gegenüber der Beschwerdeführerin ergangen wäre, wäre sie daher einer gerichtlichen Überprüfung nicht offensichtlich entzogen gewesen.

4.2 Unabhängig von der Frage, ob ein Beschluss oder eine Verordnung des Bundesrates selbständig anfechtbar ist oder nicht, ergibt sich aus Art. 190 BV, dass eine vorfrageweise Überprüfung anlässlich der Anfechtung einer gestützt darauf ergangenen Verfügung zulässig ist, mit der möglichen Folge, dass dem Beschluss oder der Verordnung des Bundesrats die Anwendung im Einzelfall versagt werden kann (vgl. BGE 138 I 61 E. 7.1, BGE 132 I 229 E. 6.4, BGE 131 II 13 E. 6.1, BGE 131 II 735 E. 4.1; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 2093 ff., WALTER HALLER, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, N. 56 zu Art. 189 BV, BRÜHLMOSER, a.a.O., S. 943).

Aus der Bindung der Gerichte an Bundesgesetze und Völkerrecht (vgl. Art. 190 BV) ergibt sich, dass bei dieser vorfrageweisen Überprüfung die in Frage stehenden Verordnungen oder Beschlüsse des Bundesrates auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung und den Bundesgesetzen hin überprüft werden. Dies gilt auch für Verordnungen oder Beschlüsse des Bundesrats, welche dieser zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit unmittelbar gestützt auf Art. 184 bzw. 185 BV erlassen hat (vgl. BGE 123 IV 29 E. 2; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 2098). Bei der vorfrageweisen Überprüfung von direkt gestützt auf eine Ermächtigung in der Verfassung erlassenen Verordnungen oder Beschlüssen des Bundesrates darf das Gericht den politischen Entscheidungsspielraum, der dem Bundesrat im Rahmen der ihm vom Verfassungsgeber eingeräumten Kompetenz zugestanden wurde, nicht durch eigene Ordnungsvorstellungen schmälern. Es greift daher nur in den Gestaltungsspielraum des Bundesrates ein, wenn dieser die ihm eingeräumte Kompetenz überschritten hat, wobei es zuerst den Umfang dieser Kompetenz ermittelt (vgl. BGE 128 II 222 E. 3.2.1; BGE 125 II 326 E. 3a; BGE 123 IV 29 E. 2).

Die Frage, ob der Bundesrat gestützt auf Art. 184 und 185 BV befugt ist, von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Anordnungen zu treffen, wird in der Lehre uneinheitlich beantwortet. Ein Teil der Lehre vertritt jedenfalls die Auffassung, dass diese Befugnisse es dem Bundesrat nicht erlauben, sich über bestehende Gesetze oder Verfassungsnormen hinwegzusetzen (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, in: Biaggini/Gächter/Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 19 N. 50 f.). Andere Lehrmeinungen erachten diese Auffassung als zu eng und befürworten, dass der Bundesrat von den gesetzlichen Vorgaben abweichen können sollte, al-

lerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Abweichung sachlich dringend geboten sei. Derartige Notverordnungen bzw. -verfügungen müssten ferner notwendig, zeitlich dringend, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig sein (vgl. URS SAXER, in: Kommentar BV, a.a.O., N. 42 f. zu Art. 185 BV; DANIEL THÜRER/BINH TRUONG/FELIX SCHWENDIMANN, in: Kommentar BV, a.a.O., N. 23 ff. zu Art. 184 BV).

4.3 Wie dargelegt, erscheint die Rüge der Beschwerdeführerin, ihr Ausschluss aufgrund von zeitlich nach Einreichung der Angebote aufgestellten Eignungskriterien verstosse gegen das im Beschaffungsrecht geltende Transparenzgebot, nicht als offensichtlich unbegründet. Würde zusätzlich der Auffassung der Beschwerdeführerin gefolgt, wonach der Bundesrat gestützt auf Art. 184 und 185 BV nur befugt ist, *praeter, nicht aber contra legem* Anordnungen zu treffen, müsste dem BRB vom 29. Januar 2014 wohl in diesem Punkt die Anwendung versagt werden. Da diese Auffassung der Beschwerdeführerin von einem Teil der Lehre geteilt wird, kann aufgrund einer prima-facie-Würdigung jedenfalls nicht gesagt werden, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet.

4.4 Würde den zitierten anderen Lehrauffassungen gefolgt, müsste in der Folge geprüft werden, ob der durch den Bundesratsbeschluss geforderte Ausschluss der Beschwerdeführerin notwendig, zeitlich dringend, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig ist. Diesbezüglich müsste nicht nur geprüft werden, ob die angeordnete Massnahme geeignet und erforderlich ist zum Schutz der Institutionen und Organe des Bundes vor nachrichtendienstlicher Ausforschung bzw. Infiltration seitens fremder Mächte, sondern auch, ob für den angestrebten Zweck nicht verhältnismässigere Mittel zur Verfügung gestanden hätten als der Ausschluss der Beschwerdeführerin in diesem fortgeschrittenen Stadium des Vergabeverfahrens.

4.4.1 Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, die Vergabestelle habe am Debriefing eingeräumt, dass sie von Datenabflüssen infolge Spionage schon immer Kenntnis gehabt habe. Noch am 5. Juni 2013 seien mit der schriftlichen Anfrage von Nationalrat Thomas Aeschi an den Bundesrat die Sicherheitsaspekte der vorliegenden Ausschreibung thematisiert worden, doch habe der Bundesrat sich nicht veranlasst gefühlt, von seiner Einschätzung abzuweichen. Der Bundesrat habe in seiner Antwort darauf hingewiesen, dass der Informationssicherheit bei der Ausschreibung hohe Bedeutung zugemessen werde. Entsprechend seien die

Anforderungen in der Ausschreibung definiert worden und die Beschwerdeführerin habe diese ohne Weiteres einhalten können. Die Vergabestelle habe ein Outsourcing explizit und unter Kenntnis von damit allenfalls zusammenhängenden sicherheitsrelevanten Aspekten auch an ausländische Unternehmen gerichtet. Dem Bundesrat sei somit schon lange bewusst gewesen, dass es Cyberspionage gebe, die Telekommunikationsnetze per se anfällig sein könnten und die Schweiz in einer grossen Abhängigkeit vom Ausland stehe. Es sei daher unverständlich, dass sich der Bund während des laufenden Ausschreibungsverfahrens dazu entschliesse, Betriebsleistungen für besonders kritische Infrastruktur allein deshalb bloss noch einem Unternehmen zu vergeben, weil es im Eigentum des Bundes steht. Da der Vergabestelle und dem Bund bereits vor der Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen sei, dass ausländische Geheimdienste im Zusammenhang mit der Datenbeschaffung aktiv seien, hätten die Eignungskriterien bereits in der Ausschreibung im Hinblick auf Datenschutz- und Datensicherheit entsprechend formuliert hätten werden können.

4.4.2 Zwar darf das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob der durch den Bundesratsbeschluss geforderte Ausschluss der Beschwerdeführerin notwendig, zeitlich dringend und durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt ist, nur mit erheblicher Zurückhaltung gegenüber dem Beurteilungs- und Ermessenspielraum des Bundesrates prüfen. Selbst wenn indessen die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit der vom Bundesrat neu geforderten Eignungskriterien an sich nicht in Frage gestellt würden, würde dies nicht zwingend heissen, dass auch die Einführung dieser Eignungskriterien erst nach Einreichung der Angebote als objektiv notwendig, zeitlich dringend und verhältnismässig einzustufen wären. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies, wenn sie geltend macht, die objektive Situation habe sich seit der Ausschreibung nicht verändert und dem Bundesrat seien die relevanten Fakten bereits damals bekannt gewesen. In Anbetracht der von ihr dargelegten Umstände erscheinen diese Einwände in einer prima-facie-Prüfung nicht als offensichtlich unbegründet.

5.

Die Vergabestelle macht weiter geltend, die Beschwerde sei auch darum offensichtlich unbegründet, weil die Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zutrefte, dass ihr das Teillos 1.2 ohne Weiteres zugeschlagen worden wäre, wenn sie nicht mangels Erfüllung der Eignungskriterien hätte ausgeschlossen werden müssen. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei preislich in allen bewerteten Szenarien um Faktoren teurer gewesen

als das Angebot der Zuschlagsempfängerin. Im theoretischen Fall, dass die Beschwerdeführerin zum Angebot zuzulassen wäre, wäre daher vielmehr eingehend zu prüfen gewesen, ob ein Zuschlag des Teilloses 1.2 an die Beschwerdeführerin angesichts der massiven Preisunterschiede überhaupt in Frage gekommen wäre.

Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, gemäss der Ausschreibung (Ziff. 2.5) hätte sie als Zweitplatzierte Anspruch auf Zuschlag der des Loseils 1.2 mit 100 Standorte.

In der Ausschreibung, Ziff. 2.5 (Detaillierter Aufgabenbeschrieb) wird ausgeführt, dass das Beschaffungsvorhaben in 2 Lose aufgeteilt ist. Los 1 wird wie folgt beschrieben: "Standorte ganze Schweiz. Den selektierten Lieferanten für Los 1 werden bei Vertragsabschluss 300 (Zuschlagsempfänger 1) beziehungsweise 100 (Zuschlagsempfänger 2) Managed-Service-Instanzen an existierenden Standorten (...) zugeschlagen." In Kapitel 3.3.1 des Pflichtenhefts wird in Bezug auf Los 1 weiter erklärt: "Es werden zwei Zuschlüsse an zwei unterschiedliche Lieferanten erteilt, wovon der erste Zuschlagsempfänger 300, der zweite 100 Standorte innerhalb von 2 Jahren erschliessen muss."

5.1 Wenn die Beschwerdeführerin diese Formulierung so verstanden haben will, dass die beiden Loseile 1.1 und 1.2 zwingend an zwei unterschiedliche Anbieter, nämlich der Loseil 1.1 an den Erstrangierten und der Loseil 1.2 an den Zweitrangierten zu vergeben waren, so dass sie selbst, sofern sie nicht ausgeschlossen worden wäre, als Zweitrangierte Anspruch auf den Zuschlag für den Loseil 1.2 gehabt hätte, erscheint dies nicht als offensichtlich haltlos. Auch die Vergabestelle selbst – entgegen ihrer Behauptung im Rechtsmittelverfahren – ging offensichtlich von dieser Interpretation aus, als sie in der angefochtenen Zuschlagsverfügung ausführte, ein Zuschlag für den Loseil 1.2 sei nicht möglich gewesen, weil kein zweiter Anbieter die Eignungskriterien erfüllt habe.

5.2 Auch der Umstand, dass das Angebot der Beschwerdeführerin nach Auffassung der Vergabestelle wirtschaftlich weniger attraktiv war als dasjenige der Zuschlagsempfängerin für den Loseil 1.1, lässt die Beschwerde daher nicht als offensichtlich unbegründet erscheinen.

6.

Als Zwischenergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerde

aufgrund einer prima-facie-Würdigung nicht als offensichtlich unbegründet erscheint.

7.

In der Folge ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde.

7.1 Nachdem die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde teilweise zurückgezogen hatte, wurde der Vertrag für den Loseil 1.1 unterzeichnet. In Bezug auf den Loseil 1.2 und das Los 2 enthält die angefochtene Verfügung keinen Zuschlag. Die Vergabestelle hat nicht substantiiert, dass und gegebenenfalls wann sie diesbezüglich weitere, allenfalls freihändige Zuschläge plant. Ihre Ausführungen zu den Nachteilen, welche eine aufschiebende Wirkung hätte, erfolgten vor dem Beschwerderückzug in Bezug auf den Loseil 1.1 und beziehen sich entweder ausdrücklich auf diesen Loseil ("Beschaffung neuer Leistungen aus der abgeschlossenen Ausschreibung") oder aber lassen offen, ob sie sich auch auf den Loseil 1.2 oder gar auf das Los 2 beziehen. Bezüglich der Frage, welche konkreten Nachteile zu erwarten sind, wenn zwar die ersten 300 Standorte erschlossen werden können, aber mit allfälligen Vertragsabschlüssen für weitere Standorte zugewartet werden muss, hat die Vergabestelle keinerlei substantiierte Angaben gemacht.

7.2 Es ist grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328). Im vorliegenden Fall ist sie dieser Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dem Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde, stünden gewichtige öffentliche Interessen entgegen.

8.

Der Antrag der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist daher gutzuheissen.

9.

Da mit diesem Zwischenentscheid dem Gesuch der Beschwerdeführerin entsprochen wird, stellt sich die Frage der Ergreifung eines Rechtsmittels bzw. der dafür benötigten Akteneinsicht für sie nicht.

Über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht wird daher zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

10.

Die Vergabestelle beantragt mit Eingabe vom 10. Juni 2014, der Prozessgegenstand sei auf die Frage zu beschränken, ob der Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 die Vergabestelle rechtsverbindlich anweise, die Beschwerdeführerin aus dem streitbetroffenen Verfahren auszuschliessen, es sei ihr eine angemessene Frist zur Einreichung derjenigen Verfahrensakten, welche einen Bezug zu diesem beschränkten Prozessgegenstand aufweisen, einzuräumen und der Schriftenwechsel sei auf diesen Prozessgegenstand zu beschränken. Die Instruktionsrichterin wies diese Anträge implizit mit Verfügung vom 23. Juni 2014 ab, worauf die Vergabestelle in ihrer Eingabe vom 8. Juli 2014 erneut daran festhielt und einen Entscheid im Rahmen des Entscheids über die aufschiebende Wirkung verlangte.

Wie dargelegt, untersteht der BRB vom 29. Januar 2014 einer vorfrageweisen gerichtlichen Überprüfung. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Frage einer allfälligen verwaltungsinternen Bindung der Vergabestelle an einen Dienstbefehl des Bundesrates für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens relevant sein sollte.

Die prozessualen Anträge der Vergabestelle in Bezug auf eine Beschränkung des Prozessgegenstandes sind daher abzuweisen.

11.

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid ist mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Anträge der Vergabestelle betreffend Verfahrensbeschränkung werden abgewiesen.

3.

Über die Anträge der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht wird zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden.

4.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Meldungsnummern 807149 und 807153; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

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 (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 7. Oktober 2014