



Zwischenentscheid vom 21. Mai 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 1,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst, Fellerstrasse 21, 3003 Bern,
vertreten durch Rechtsanwälte
Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb 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 (nachfolgend: Bedarfsstelle) 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. Medienmitteilung der Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 5. Februar 2014). Mit gleichem Beschluss beauftragte der Bundesrat das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD), Firmen, welche diese Anforderungen nicht erfüllten, von laufenden Beschaffungsverfahren für Datentransportleistungen auszuschliessen.

C.

Am 5. Februar 2014 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 807149), dass sie den Zuschlag 1.1 an die Swisscom (Schweiz) 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.

D.

Gegen diese Verfügungen erhob die X. _____ GmbH (nachfolgend: 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 inländischen 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.

Zur Frage ihrer Beschwerdelegitimation führt die Beschwerdeführerin aus, sowohl der Abbruch des Verfahrens als auch der Ausschluss stellten anfechtbare Verfügungen dar. Mit der Beschwerde könne sie bewirken, dass die offenbar bereits durchgeführte Bewertung ihrer Offerte entweder zum Zuschlag 1.1 oder 1.2 führe, weshalb sie ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der Verfügung vom 5. Februar 2014 habe. Sie fechte auch die Abbruchverfügung in Bezug auf Los 2 an, obwohl sie im Los 2 nicht mitgeboten habe. Wer einen der Zuschläge in Los 1 erhalte, dürfe bei den vorgesehenen "Mini-Tender"-Verfahren auch bei den Standorten in Los 2 mitbieten. Diese "Mini-Tender"-Verfahren seien nur möglich, wenn das Vergabeverfahren mit Bezug auf das Los 2 durchgeführt werde. Werde für Los 2 der Abbruch verfügt, verliere sie die Garantie, dass sie für die Erschliessung und den Betrieb der Standorte des Loses 2 mitbieten könne, wenn die Vergabe derselben anstehe. Im Ergebnis sei sie sowohl betreffend den Zuschlag in Bezug auf Los 1, bestehend aus den Teilen 1.1 und 1.2, als auch betreffend den Abbruch des Verfahrens in Bezug auf Los 2 zur Beschwerde legitimiert.

E.

Die Vergabestelle beantragt mit Stellungnahme vom 19. März 2014, es sei auf die Beschwerde 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 und ihr sei anschliessend 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 und die Vorbringen der Beschwerdeführerin seien über weite Strecken unzutreffend. Die Beschwerde richte sich letztlich gegen den Beschluss des Bundesrats, wonach aus Gründen der Staatssicherheit nur inländische bzw. inländisch beherrschte Anbieter mit der Konzipierung, Entwicklung und dem Betrieb von Datentransportdienstleistungen im Inland für die Bundesverwaltung betraut werden dürften. Dieser Bundesratsbeschluss stelle einen klassischen Regierungsakt ("*acte de gouvernement*") dar, der angesichts seines genuin politischen Charakters einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich sei. Weiter sei die Beschwerdeführerin auch mangels eines praktischen Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert, denn ein praktisches Rechtsschutzinteresse könne nur in Bezug auf sol-

che Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit Beschwerde erreicht werden könnten. Vorliegend verbiete der Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 der Vergabestelle aber selbst im Falle einer vollständigen Gutheissung der Beschwerdeanträge, die Arbeiten für den Datentransport an die anglo-amerikanisch beherrschte Beschwerdeführerin zu erteilen.

F.

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

G.

Die Beschwerdeführerin hält mit Stellungnahme vom 15. April 2014 an ihren Anträgen fest und beantragt die Abweisung des Rechtsbegehrens der Vergabestelle auf Nichteintreten und die materielle Behandlung der Beschwerde. Sie kritisiert, das Vorgehen der Vergabestelle sei vollkommen unverhältnismässig und willkürlich. Mit ihrem Antrag auf Nichteintreten strebe die Vergabestelle an, dieses ohne gerichtliche Prüfung zu lassen, was den Rechtsschutzgarantien der Verfassung, der EMRK und des GPA widerspreche. Es spiele keine Rolle, ob die Vergabestelle die angefochtenen Verfügungen nur auf Geheiss des Bundesrats erlassen habe. Der Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 richte sich an die Vergabestellen des Bundes, womit eine interne Anordnung vorliege, die sowohl Elemente einer Verwaltungsverordnung wie auch Elemente einer konkreten Dienstanweisung aufweise. Solche internen Anweisungen seien nicht direkt anfechtbar. Es verbleibe aber die akzessorische Normenkontrolle, oder die direkte Anfechtung der gestützt auf die Dienstanweisung erfolgten Verfügung. Wenn der Bundesrat den Ausschluss der gerichtlichen Prüfung gewollt hätte, hätte er da Verfahren an sich ziehen und die Verfügung direkt erlassen müssen. Dies habe er aber nicht getan, sondern sich mit einem Dienstbefehl an das EFD begnügt. Notverordnungen oder –verfügungen hätte der Bundesrat unmittelbar gegenüber der Beschwerdeführerin erlassen müssen. Auch der Ausschlussgrund gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG sei im Licht von Lehre und Praxis nicht stichhaltig. Grundsätzlich sei eine restriktive Auslegung angezeigt. Für den Ausschluss des gerichtlichen Rechtsschutzes müsse die politische Regierungstätigkeit unmittelbar in Frage stehen, was vorliegend nicht der Fall sei. Vielmehr gehe es um die Fragen, ob die Ausschreibungsbedingungen und Eignungskriterien nach der Bewertung der Offerte unter Missachtung der Rechte und Grundsätze des Vergabe- und Verfassungsrechts geändert werden dürften. Da es um die Anwendung von Staatsvertrags-, Ver-

fassungs- und Gesetzesrecht gehe, seien die Fragen justiziabel. Auch die Frage, ob gegebenenfalls eine Gefährdung der Landesinteressen allein durch den Umstand vorliege, dass die Beschwerdeführerin US-amerikanische und englische Muttergesellschaften habe, sei justiziabel. Vorliegend gehe es um ein bereits festgelegtes Verfahren und die Anwendung bestehender nationaler und internationaler Rechtsnormen. Es bleibe daher kein bzw. kein weiter politischer Ermessensspielraum. In Bezug auf die angefochtenen Verfügungen könne nicht von einem "acte de gouvernement" ausgegangen werden. Überdies sei gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG vorrangiges Völkerrecht zu beachten. Der Ausnahmekatalog in der Verwaltungsgerichtsbarkeit könne gemäss der Gerichtspraxis aufgrund von Art. 6 EMRK durchbrochen werden. Im Anwendungsbe- reich des BöB sei von zivilrechtlichen Ansprüchen auszugehen, weshalb Art. 6 EMRK anwendbar sei. Auch die Berufung auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a BöB sei nicht stichhaltig, da die Vergabestelle die angeblich durch die Beschwerdeführerin gefährdeten Landesinteressen nicht substantiiere. Der Bundesratsbeschluss sei unverhältnismässig. Die Vergabestelle vermöge nicht darzutun, dass eine relevante Gefährdung eintrete, wenn die Vergabe der IKT-Dienstleistungen an die Beschwerdeführerin erfolgen würde. Demzufolge könne der Beschwerdeführerin das Rechtsschutzinteresse nicht abgesprochen werden. Dieses sei schon daher gewichtig, weil Reputation und Glaubwürdigkeit der Beschwerdeführerin betroffen seien. Die Beschwerdeführerin sei durch die angefochtenen Verfügungen daher auch in besonderem Ausmass berührt. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren nicht erreichen könne, für den Datentransport im Los 1 berücksichtigt zu werden. Sie habe im Vergabeverfahren sehr lange eine reelle Chance auf den Erhalt des Zuschlags für die Erschliessung von 100 Standorten im Los 1 gehabt und hätte ihn ohne den Dienstbefehl des Bundesrats vom 29. Januar 2014 auch erhalten. Ein definitiver Verzicht auf den Vertragsschluss wäre nur dann zulässig, wenn die anzuführenden wichtigen Gründe schon im Zeitpunkt der Ausschreibung nicht vorhersehbar gewesen wären. Dies sei aber nicht der Fall.

H.

Die Vergabestelle hält mit Vernehmlassung vom 6. Mai 2014 an ihren Rechtsbegehren und prozessualen Anträgen fest.

I.

Mit Stellungnahme vom 12. Mai 2014 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Vergabestelle beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten und die Eintretensfrage sei vorab, gegebenenfalls in einem selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid, zu beurteilen.

In der Regel entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nicht gesondert über die Prozessvoraussetzungen, sondern erst im Rahmen des Entscheids in der Sache. Es kann sich jedoch aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigen, über diese Frage in einem selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zu befinden. Werden die Eintretensvoraussetzungen bejaht, führt dies zu einem unmittelbar anfechtbaren Entscheid (vgl. Art. 92 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]; FELIX UHLMANN, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N. 6 zu Art. 92 BGG). Wird die Frage verneint, führt dies zu einem Endentscheid, da mit einem solchen Entscheid das Verfahren im Sinne von Art. 44 VwVG abgeschlossen wird (vgl. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 15 zu Art. 45 VwVG). Insbesondere dann, wenn diejenige Partei, die das Nichteintreten beantragt, ausdrücklich einen derartigen Zwischenentscheid verlangt, um ihn gegebenenfalls an die Rechtsmittelinstanz weiterzuziehen, und wenn in Bezug auf die materiellen Fragen ein grösserer Aufwand zu erwarten ist, kann ein derartiges Vorgehen aus prozessökonomischen Gründen angezeigt sein (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 25. November 2008 E. 2.1).

Dem prozessualen Antrag der Vergabestelle, über die Eintretensfrage sei vorab in einem selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zu entscheiden, ist daher stattzugeben.

2.

Die Vergabestelle bestreitet primär die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts. Sie macht sinngemäss geltend, die Beschwerde richte sich zwar vordergründig gegen ihre Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014, "im Ergebnis" aber gegen den Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014, in dem der Bundesrat entschieden habe, dass aus Gründen der Staatssicherheit nur inländische bzw. inländisch beherrschte Anbieter mit der Konzipierung, Entwicklung und dem Betrieb von Datentransportdienstleistungen im Inland für die Bundesverwaltung betraut werden dürf-

ten. Dieser Bundesratsbeschluss stelle einen klassischen Regierungsakt ("*acte de gouvernement*") dar, der angesichts seines genuin politischen Charakters einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich sei.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Es ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages oder den Abbruch des Vergabeverfahrens, sofern diese in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fallen (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist dagegen unzulässig gegen Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG).

Der Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die am 5. Februar 2014 publizierte Verfügung der Vergabestelle, wonach das Los 1.1 einer Mitbewerberin zugeschlagen und für das Los 1.2 kein Zuschlag erteilt wurde (SIMAP Meldungsnummer 807149), sowie die gleichentags publizierte Abbruchverfügung in Bezug auf das Los 2 (SIMAP Meldungsnummer 807153).

Die Argumentation der Vergabestelle, "im Ergebnis" richte sich die Beschwerde gegen den Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014, weshalb sie unzulässig sei, ist offensichtlich unbehelflich: Sie verwechselt die rein formelle Frage nach dem Anfechtungsgegenstand mit der in Bezug auf die materiellen Streitpunkte sich allenfalls stellende Frage, inwieweit die im Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 enthaltenen Anordnungen vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden können.

Der Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit eine Verfügung im Sinne von Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 5 VwVG; eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt dagegen nicht vor.

2.2 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche 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, mit Hinweisen). Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt BöB ist nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB; vgl. auch Art. 39 VöB). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (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 von Art. 3 BöB gegeben ist.

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

2.2.2 Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 ihrer Ausschreibung vom 21. Juni 2011 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus.

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen sowohl nach GPA (vgl. Anhang I Annex 4) als auch nach dem auf den 1. Juni 2002 in Kraft getretenen bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68, vgl. Anhang VI) eine sogenannte Positivliste (so auch der Anhang 1a VöB). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB auf den Anhang I Annex 4 GPA (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1045). Die für die Geltung der Staatsverträge in sachlicher Hinsicht massgebliche Dienstleistungs-Positivliste verweist auf einzelne Ziffern der provCPC-Klassifikation (Provisional Central Product Classification) (vgl. zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 ff.).

In Ziffer 2.1 der Ausschreibung wies die Vergabestelle die Beschaffung der "Dienstleistungskategorie CPC: [7] Datenverarbeitung und damit verbundene Tätigkeiten" zu. Gemäss Anhang 1a zur VöB entspricht Ziffer 7 "Informatik und damit verbundene Tätigkeiten" der provCPC-Referenznummer 84 (ebenso Anhang I Annex 4 GPA: "Services informatiques et services connexes: numéro de référence CPC 84"). Die Vergabestelle wies die Beschaffung sodann der Gemeinschaftsvokabular (CPV)-Kategorie 72000000 "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" zu (vgl. Ziffern 2.4 und 2.7 der Ausschreibung).

Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung beinhaltet der Beschaffungsgegenstand "die Erschliessung und die Versorgung mit Managed Carrier-Ethernet-Diensten sowie optischen Diensten". Die Einstufung in die Kategorie "Datenverarbeitung und damit verbundene Tätigkeiten" gemäss provCPC-Referenznummer 84 resp. in die Kategorie "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" gemäss CPV-Referenznummer 72000000 erscheint daher als zutreffend, so dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB handelt.

Der Beschaffungsgegenstand fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

2.2.3 Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots für das Los 1, der allein in Bezug auf den Grundauftrag Fr. 11'339'821.– beträgt (ohne Option und MwSt) ist davon auszugehen, dass der geschätzte Auftragswert den für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– übersteigt (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011 [AS 2011 5581]). Angesichts des Leistungsbeschriebs ist anzunehmen, dass dies auch für das Los 2 zutrifft.

2.2.4 Die Vergabestelle macht geltend, der Beschwerdeführerin fehle es an einem Anspruch auf gerichtliche Überprüfung, da eine Ausnahme im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. e BöB bzw. Art. 3 Abs. 2 Bst. a BöB vorliege. Bei den vorliegend zu beschaffenden Datentransportleistungen handle es sich um staats sicherheitskritische Arbeiten. Die Auslagerung der Kommunikationsdienste an ausländisch kontrollierte Anbieter würde nach den gegenwärtigen Erkenntnissen zu einem stark erhöhten Risiko nachrich-

tendienstlicher Ausforschung der Kommunikation der Bundesverwaltung führen.

2.2.4.1 Das BöB ist unter anderem nicht anwendbar auf die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial und die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee (Art. 3 Abs. 1 Bst. e BöB). Die Auftraggeberin braucht einen Auftrag nicht nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu vergeben, wenn dadurch die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet sind (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BöB). Diese Bestimmungen basieren auf der Bestimmung von Art. XXIII GPA, der den Vertragsparteien Ausnahmen zugesteht zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen in Bezug auf die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder in Bezug auf für die nationale Sicherheit oder die Landesverteidigung unerlässliche Beschaffungen (vgl. Art. XXIII Ziff. 1 GPA). Ausnahmen sind auch zulässig zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, zum Schutze des geistigen Eigentums oder in Bezug auf von Behinderten, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafgefangenen hergestellte Waren, allerdings nur unter der Bedingung, dass die getroffenen Massnahmen nicht zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Ländern, in denen die gleichen Bedingungen herrschen, oder zu einer versteckten Beschränkung des internationalen Handels führen (vgl. Art. XXIII Ziff. 2 GPA). Diese Bestimmungen werden gemäss ständiger Rechtsprechung so ausgelegt, dass davon auszugehen ist, dass die in Art. 3 Abs. 1 BöB aufgeführten Bereiche nicht unter das GPA fallen und somit grundsätzlich vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind. Bei den Ausnahmen gemäss Art. XXIII Ziff. 2 GPA und Art. 3 Abs. 2 BöB wird die Anwendbarkeit des Gesetzes dagegen nicht generell ausgeschlossen. Die Nichtanwendbarkeit des Gesetzes gestützt auf diese Bestimmungen ist vielmehr auf jene Ausnahmefälle zu beschränken, bei denen eines der zu beachtenden Interessen nicht anders gewahrt werden kann und keine andere, weniger restriktive Massnahme vorhanden ist, um den in Frage stehenden Zweck zu erreichen ("least-restrictive means test", vgl. aff. Thailand: restrictions on importation of and internal taxes on cigarettes, Basic Instruments and Selected Documents [BISD] 37th Supp. 1990, S. 200 ff.; US-Standards for reformulated and conventional gasoline, WS/DS2/R, panel report Ziff. 6.25 ff.). Daraus folgt, dass eine Ausnahmemassnahme zum Schutze der öffentlichen Sicherheit einerseits nicht ungerechtfertigt diskriminierend oder versteckt protektionistisch sein darf, andererseits aber auch dem Grundsatz

der Verhältnismässigkeit genügen und die den Umständen entsprechend am wenigsten einschneidende Massnahme darstellen muss (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4657/2009 vom 6. August 2009 E. 4.5.2; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 19. Juli 1999, publiziert in VPB 64.8 E. 2.a/aa, mit Hinweisen).

Die Frage, ob in einem konkreten Fall die Voraussetzungen für eine Ausnahme gestützt auf Art. XXIII Ziff. 2 GPA und Art. 3 Abs. 2 Bst. a BöB vorliegen, ist grundsätzlich justiziabel (vgl. Entscheid der BRK vom 19. Juli 1999, publiziert in VPB 64.8 E. 1.b/bb). Bejaht das Gericht, dass die Voraussetzungen grundsätzlich gegeben sind, bedeutet dies noch nicht, dass das BöB deswegen nicht anwendbar ist; vielmehr ist in diesem Fall zu prüfen, ob die in Frage stehenden Interessen nicht durch weniger einschneidende Massnahmen als durch den gänzlichen Verzicht auf eine dem BöB unterstellte Verfahrensart gewahrt werden können. So entschied die BRK etwa, obwohl Sicherheitsinteressen bejaht würden, könne diesen im Rahmen der Eignungsprüfung, beispielsweise eines selektiven Verfahrens, genügend Rechnung getragen werden (vgl. Entscheid der BRK vom 19. Juli 1999, publiziert in VPB 64.8 E. 2.a/bb).

2.2.4.2 Das vorliegende Beschaffungsobjekt beinhaltet, wie dargelegt, eine Dienstleistung betreffend den Datentransport zwischen den Standorten der Bundesverwaltung, und damit weder Waffen, Munition oder Kriegsmaterial noch die Erstellung von Bauten. Art. XXIII Ziff. 1 GPA und Art. 3 Abs. 1 Bst. e BöB sind daher offensichtlich nicht anwendbar.

2.2.4.1 Was die Voraussetzungen für eine Ausnahme gestützt auf Art. XXIII Ziff. 2 GPA und Art. 3 Abs. 2 Bst. a BöB betrifft, so ist an sich einleuchtend, dass der Bund ein schützenswertes Interesse an einer strikt vertraulichen Kommunikation hat, zum Austausch von Informationen, die nicht für die Öffentlichkeit oder für Nachrichtendienste fremder Staaten bestimmt sind. Indessen hat die Vergabestelle den ihr obliegenden Nachweis, dass dieses Interesse nur gewahrt werden könnte, wenn die Beschaffung auf eine Art und Weise erfolgt, die nicht dem BöB untersteht, nicht erbracht. In ihrer Argumentation beruft sie sich ausschliesslich auf den Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014; gemäss diesem Beschluss ist der Bundesrat aber gerade nicht zur Auffassung gelangt, dass das laufende Vergabeverfahren abubrechen und die in Frage stehende Dienstleistung auf eine dem BöB nicht unterstehende Weise zu beschaffen sei. Ob die sich aus diesem Beschluss ergebende Einschätzung des

Bundesrats für das Gericht verbindlich ist, wie die Vergabestelle geltend macht und die Beschwerdeführerin bestreitet, kann an dieser Stelle offen gelassen werden; für die Frage der Anwendbarkeit des BöB und damit der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts reicht die Feststellung, dass jener Bundesratsbeschluss jedenfalls nicht geeignet ist, die Behauptung der Vergabestelle zu stützen, die Voraussetzungen für eine vollständige Nichtanwendung des BöB gestützt auf Art. XXIII Ziff. 2 GPA und Art. 3 Abs. 2 Bst. a BöB seien gegeben.

2.2.4.2 Bei diesem Zwischenergebnis kann offen gelassen werden, ob sich eine Vergabestelle überhaupt erst *nach* der Publikation der Ausschreibung und der Durchführung des gesamten Ausschreibungsverfahrens auf die Ausnahmebestimmung von Art. 3 Abs. 2 Bst. a BöB berufen könnte, ohne dass dem nicht berücksichtigten Anbieter die Möglichkeit offen stehen müsste, im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadenersatz für seine Aufwendungen eine gerichtliche Feststellung im Sinne von Art. 32 Abs. 2 BöB zu erwirken.

2.3 Der vorliegende Beschaffungsgegenstand fällt daher in den Geltungsbereich des BöB, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegend in Frage stehenden Beschwerde zuständig ist.

3.

Umstritten ist weiter, ob die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert ist.

3.1 Die Vergabestelle stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin sei mangels eines praktischen Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert. Ein praktisches Rechtsschutzinteresse könne nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit Beschwerde erreicht werden könnten. Die Beschwerdeführerin könne ihr Anliegen, als Auftragsnehmerin für die Datentransportleistungen für die Bundesverwaltung berücksichtigt zu werden, von vornherein nicht erreichen, denn selbst im Falle einer vollständigen Gutheissung ihrer Beschwerdeanträge würde es der Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 der Vergabestelle weiterhin verbieten, die Arbeiten für den Datentransport an die anglo-amerikanisch beherrschte Beschwerdeführerin zu erteilen. Selbst wenn vom Bundesverwaltungsgericht die Zuschlagsverfügung erreicht würde, würde damit weder ein Vertragsschluss bewirkt noch eine Abschlusspflicht begründet.

3.2 Gemäss den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen 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 (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Diese Regelung gilt auch für das Vergaberecht. Wer eine Offerte eingereicht hat und nicht berücksichtigt wurde, ist zur Beschwerde legitimiert (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1301 ff.).

3.3 Die Beschwerdeführerin hat eine Offerte für das Los 1 eingereicht und wurde nicht berücksichtigt, da sie aus dem Verfahren ausgeschlossen und der Zuschlag einer Mitbewerberin erteilt wurde.

Ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin angesichts des Bundesratsbeschlusses vom 29. Januar 2014 rechtskonform war oder nicht, stellt eine materielle Hauptfrage dieses Beschwerdeverfahrens dar. Ob diese Rügen effektiv begründet sind oder nicht, ist indessen nicht bereits im Kontext der Eintretensfrage zu prüfen, denn es ist aus grundsätzlichen prozessualen Überlegungen nicht angängig, materielle Hauptfragen zu Vorfragen für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation zu machen (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 152; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4904/2013 vom 14. März 2014 E. 1.2). Im Kontext der Prüfung der Beschwerdelegitimation ist lediglich zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin Rügen erhebt, welche, sofern sie sich als begründet erweisen sollten, zu einem Entscheid zu ihren Gunsten führen müssten, sei dies zu einem direkten Zuschlag an sie selbst oder aber zu einer Rückweisung an die Vergabestelle zu erneutem Zuschlag in einem Verfahren, aus dem die Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.261/2002 vom 8. August 2003 E. 4.6; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 13).

Im vorliegenden Fall rügt die Beschwerdeführerin, ihr Ausschluss sei nicht rechtskonform gewesen und, da sie bezüglich der Zuschlagskriterien besser abgeschnitten habe als die Zuschlagsempfängerin, wäre korrekterweise ihr der Zuschlag für das Los 1.1 zu erteilen gewesen. Diese Rügen würden, falls sie sich als begründet erweisen sollten, zu einem Entscheid zu Gunsten der Beschwerdeführerin führen. Das Argument der

Vergabestelle, selbst im Falle einer vollständigen Gutheissung der Beschwerdeanträge der Beschwerdeführerin würde es der Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 der Vergabestelle weiterhin verbieten, den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen, geht von der Prämisse aus, angesichts des Bundesratsbeschlusses vom 29. Januar 2014 sei die Beschwerdeführerin vom Verfahren auszuschliessen. Genau diese Rechtsauffassung der Vergabestelle ist aber umstritten und, wie dargelegt, eine materielle Hauptfrage dieses Beschwerdeverfahrens, welche nicht vorfrageweise im Kontext der Eintretensfrage zu beantworten ist.

Die Legitimation der Beschwerdeführerin zur Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung in Bezug auf das Los 1 ist daher gegeben.

3.4 In Bezug auf das Los 2 führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe keine Offerte eingereicht. Wer einen der Zuschläge im Los 1 erhalte, dürfe aber auch bei den vorgesehenen "Mini-Tender"-Verfahren bei den Standorten im Los 2 mitbieten. Diese "Mini-Tender"-Verfahren seien nur möglich, wenn das Vergabeverfahren in Bezug auf das Los 2 durchgeführt würde. Sie sei daher auch zur Beschwerde gegen die Abbruchverfügung legitimiert.

Aus der Ausschreibung geht Folgendes hervor:

" 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; (...).

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 an sich schwer nachvollziehbare Argumentation der Beschwerdeführerin zum Los 2 ist daher offenbar so zu verstehen, dass sie zwar kein separates Angebot für Los 2 eingereicht, aber aufgrund ihres Angebots für Los 1 automatisch als Anbieterin auch in Bezug auf Los 2 aufzufassen gewesen wäre. Aufgrund ihres Angebots für Los 1 war die Beschwerdeführerin daher automatisch auch als Anbieterin in Bezug auf Los 2 aufzufassen. Durch den Abbruch des Verfahrens in Bezug auf Los 2 wurde

auch diese Offerte nicht berücksichtigt, weshalb sie durch den Abbruch ebenfalls beschwert ist.

Aus der formellen und materiellen Legitimation in Bezug auf das Los 1 ergibt sich somit auch die Legitimation in Bezug auf das Los 2.

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

4.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

5.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird eingetreten.

2.

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

3.

Dieser Zwischenentscheid geht an:

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

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 per Post und Fax: 23. Mai 2014