



Urteil vom 8. Juli 2016

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. iur. 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 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 (letztere sind im Preisblatt aufgeführt) 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 Leistungen 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 Beschwerdeführerin am 5. Februar 2014 vorab telefonisch mit, dass sie aufgrund des Bundesratsentscheids vom 29. Januar 2014 als Lieferantin von Datentransportleistungen für die Bundesverwaltung nicht mehr in Frage komme.

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 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 Vergabestelle zur vollständigen Bewertung des Loses 1 zurückzuweisen. Im Weiteren 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 Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie, es seien sämtliche für den Entscheid der vorliegenden Rechtsbegehren relevanten Verfahrensakten beizuziehen.

Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Begründung des Zuschlagsentscheids sei ausnehmend undurchsichtig ausgefallen. Zum Zuschlag 1.2 werde kurzerhand festgehalten, ein zweiter Zuschlag erfolge nicht, da kein zweites Angebot alle technischen Spezifikationen und Eignungskriterien erfülle. Dass die Beschwerdeführerin nicht alle technischen Spezifikationen erfülle, sei eine vorgeschobene Behauptung und werde bestritten. Am Debriefing vom 11. Februar 2014 sei auf die nachrichtendienstliche Evaluation und Berichterstattung im Nachgang der "Snowden"-Affäre verwiesen worden, wonach die geheimdienstliche Berichterstattung neue Erkenntnisse gebracht habe, die zu Zweifeln an der Einhaltung von datensicherheitsrelevanten Bestimmungen im Rahmenvertrag und den AGB des Bundes durch die Beschwerdeführerin geführt hätten. Demnach habe offenbar ein nachrichtendienstlicher Bericht den Ausschlag dafür gegeben, die Eignung der Beschwerdeführerin unmittelbar in Abrede zu stellen, obwohl diese vor der Erstellung dieses Berichts nie je in Frage gestellt worden sei. Der Entscheid brüskiere die Beschwerdeführerin, dies umso mehr, als es sich bei den nachrichtendienstlichen Erkenntnissen nicht um eine neue Tatsache gehandelt habe.

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. Die Änderung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere der Eignungskriterien, sei widerrechtlich. Das Verhalten der Vergabestelle verletze das Gebot der Transparenz und das Prinzip der Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Anbietern. Es setze den Wettbewerb unter Diskriminierung der Beschwerdeführerin ausser Kraft. Die Kriterien seien bis auf den Umstand, dass sich ein Anbieter offenbar mehrheitlich in "Schweizer Eigentum" befinden müsse, bis heute nicht im Einzelnen bekannt gegeben worden. Da keine vorgängige Bekanntmachung und keine Verhandlung über die geänderten Eignungskriterien durchgeführt worden seien, seien sie bereits deshalb unbeachtlich. Im Weiteren seien die neuen Kriterien widerrechtlich. 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. Wenn die Vergabestelle bloss noch einen Zuschlag des Loses 1 erteile, das Vergabeverfahren in Bezug auf das Los 2 abbreche und auch

die Standorte in den Ballungsgebieten der Zuschlagsempfängerin zusprenche, verstosse sie auch gegen die Ausschreibungsunterlagen und ändere diese ab, denn nach diesen hätten im Los 1 jedenfalls zwei Zuschläge erteilt werden müssen. Die Eignungskriterien könnten daher nach Eingang der Offerten nicht so geändert werden, dass bloss noch ein Zuschlag erfolgen könne.

Im Weiteren seien die neuen Eignungskriterien auch unverhältnismässig. Die Vergabestelle gehe davon aus, dass eine Firma, welche die drei vom Bundesrat festgelegten Kriterien – (1) die Firma handelt ausschliesslich unter Schweizer Recht; (2) die Firma befindet sich zur Mehrheit in Schweizer Eigentum; (3) ihre Leistung erzeugt sie gesamtheitlich innerhalb der Landesgrenzen – nicht erfülle, auch keine Gewähr für die Einhaltung der vertraglichen Datenschutz- und Datensicherheitsbestimmungen bieten könne. Es sei nicht nachvollziehbar, woher die Vergabestelle ihre Gewissheit nehme, dass die Beschwerdeführerin dazu nicht in der Lage sei. Namentlich gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip genüge es nicht, dass eine rein theoretische Möglichkeit einer Gefahrenlage bestehe. Die Beschwerdeführerin habe jedenfalls die Vertraulichkeitserklärung und damit die Geheimhaltung klassifizierter Informationen zugesichert, und sich damit verpflichtet, über vertrauliche Informationen keine Kopien zu erstellen, diese nicht Dritten zugänglich zu machen und sie vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Sie habe auch unterschriftlich erklärt, die Anforderungen insbesondere der Informationsschutzverordnung einzuhalten.

Schliesslich könne sich der Bundesratsbeschluss nicht auf eine ausreichende Grundlage stützen.

F.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 27. Februar 2014 untersagte die Instruktionsrichterin bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

G.

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 Bun-

desverwaltungsgericht auf Eintreten befinden, so sei ein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid zu erlassen. Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, 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 Beschwerdeführerin sei die schweizerische Tochtergesellschaft der angloamerikanischen Telekommunikations- und Mediengruppe Z._____. Anfang Juni 2013 und damit praktisch zeitgleich zur Ausschreibung hätten englische und US-amerikanische Tageszeitungen erste Enthüllungen über die bis dahin noch nicht bekannte US-amerikanischen und britischen Programme zur Überwachung der weltweiten Internetkommunikation, PRISM und Boundless Informant, veröffentlicht. Gewisse US-amerikanische und britische Telekommunikationsunternehmen und Netzbetreiber hätten aufgrund gesetzlicher Anweisung mit nationalen Geheimdiensten zusammengearbeitet, um diesen zu ermöglichen, an Daten im Ausland zu gelangen. Der Bundesrat habe sich daher veranlasst gesehen, die Bedrohungslage für die Informations- und Kommunikationstechnik des Bundes durch nachrichtendienstliche Aktivitäten des Auslands neu einzuschätzen. Zuzugabe seiner Risikoabschätzung habe der Bundesrat beschlossen, dass Betriebsleistungen der Datenkommunikation für besonders kritische IKT-Infrastrukturen der Bundesverwaltung aus Sicherheitsgründen nur an inländische Firmen vergeben würden, sowie, diese Strategieanpassung in Anbetracht des laufenden Vergabeverfahrens betreffend Layer-2-Sourcing sofort umzusetzen. Die vorliegende Beschwerde richte sich letztlich gegen den Bundesratsentscheid, 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. 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.

H.

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

I.

Die Vergabestelle 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. Die Beschwerde sei sowohl in Bezug auf Los 1 als auch auf Los 2 aussichtslos.

J.

Die Beschwerdeführerin zieht mit Eingabe vom 20. August 2014 ihr Beschwerdebegehren insofern teilweise zurück, als sie den Zuschlag des Loseils 1.1 (300 Standorte) an sich beantragt hat, hält aber an der Zuschlagserteilung für den Loseil 1.2 (100 Standorte) an sich selbst fest. Die Beschwerdeführerin präzisiert ihre Beschwerdeanträge wie folgt:

"a) Es sei die Verfügung vom 5. Februar 2014 (Publikationsdatum) aufzuheben, die in Dispositivziffer 3.2 und 4.4 vorgenommene Preisberechnung der Zuschlagsempfängerin für den Loseil 1.1 im Grundauftrag auf 300 Standorte zu reduzieren und es sei der Zuschlag 1.2 im Umfang von 100 Standorten aus dem Los 1 der Beschwerdeführerin zu erteilen. Es sei das Angebot der Beschwerdeführerin für die Option mit in die Dispositivziffer 3.2 und 4.4 aufzunehmen.

b) Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zur vollständigen Bewertung des Loses 1 und zur entsprechenden Vergabe an eine Zuschlagsempfängerin 1 und eine Zuschlagsempfängerin 2 zurückzuweisen."

Die höhere Punktzahl der Zuschlagsempfängerin beim Preis sei wohl der Grund dafür, weshalb die Zuschlagsempfängerin erstrangiert und die Beschwerdeführerin zweitrangiert sei. Dieser Punkteunterschied könne aber in Bezug auf die 100 Standorte keine Rolle spielen. Sie hätten der Beschwerdeführerin als Zweitrangierter und Zuschlagsempfängerin 2 zugeschlagen werden müssen, wenn die Vergabestelle nicht nachträglich unberechtigterweise Eignungskriterien der Beschwerdeführerin als nicht erfüllt eingestuft hätte. Die Beschwerdeführerin habe als Zweitplatzierte darauf Anspruch, weil die nachträglich geltend gemachten Ausschlussgründe unter anderem nicht verhältnismässig, willkürlich und damit widerrechtlich seien.

K.

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.

L.

Mit Stellungnahme vom 5. September 2014 teilte die Vergabestelle mit, sie habe am 2. September 2014 mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag für das Teillos 1.1 geschlossen. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei preislich in allen bewerteten Szenarien um Faktoren teurer gewesen als das Angebot der Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerdeführerin könne nicht gewisse Standorte und Optionen für sich beanspruchen. Aufgrund der massiven Preisunterschiede sei überdies unzutreffend, dass die Vergabestelle der Beschwerdeführerin das Teillos 1.2 ohne Weiteres zugeschlagen hätte, wenn sie nicht mangels Erfüllung der Eignungskriterien hätte ausgeschlossen werden müssen.

M.

Mit Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, gut. Gegen diesen Entscheid wurde keine Beschwerde erhoben.

N.

Mit Verfügung vom 12. November 2014 ordnete die Vergabestelle den definitiven Abbruch des Vergabeverfahrens Projekt Nr. (1342) 609 Datentransport hinsichtlich Teillos 1.2 an. Die Beschwerdeführerin focht die Abbruchverfügung vom 12. November 2014 mit Beschwerde vom 8. Dezember 2014 vor dem Bundesverwaltungsgericht an und beantragte die Aufhebung der Abbruchverfügung (Verfahren B-7133/2014).

Das Bundesverwaltungsgericht hiess diese Beschwerde mit Urteil vom 26. Mai 2015 gut und hob die angefochtene Verfügung auf mit der Begründung, mit der angefochtenen „Abbruchverfügung“ habe die Vergabestelle über eine Sache entschieden, die bereits beim Bundesverwaltungsgericht rechtshängig sei. Die angefochtene Verfügung stelle offensichtlich keine Wiedererwägung der Verfügung vom 5. Februar 2014, mit welcher die Vergabestelle entschieden habe, für das Teillos 1.2 keinen Zuschlag zu erteilen, zu Gunsten der Beschwerdeführerin dar. Daher sei die Vergabestelle nicht befugt gewesen, pendente lite eine derartige Verfügung zu erlassen (vgl. Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. August 2015 E. 4).

Gegen dieses Urteil reichte die Vergabestelle am 25. Juni 2015 Beschwerde beim Bundesgericht ein (Verfahren 2C_553/2015).

O.

Die Vergabestelle beantragt mit Eingabe vom 15. Dezember 2014, die Beschwerde sei hinsichtlich Teillos 1.1 als durch Rückzug erledigt und hinsichtlich Teillos 1.2 als durch Abbruch gegenstandslos abzuschreiben, sowie, es sei die Beschwerde hinsichtlich Teillos 2 abzuweisen.

P.

Die Beschwerdeführerin hält mit Stellungnahme vom 19. Dezember 2014 an ihren Beschwerdeanträgen vollumfänglich fest, soweit sie sich nicht erledigt hätten. Sie beantragt, die Vergabestelle sei zur vollständigen Aktenedition anzuhalten, und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht in die Verfahrensakten zu gewähren, insbesondere in die beim Notar hinterlegte Spezifikation der Preisberechnung für die drei Szenarien, in die Standorte des Loses 2 inklusive genaue Adressbezeichnung, die eine genaue Kostenberechnung ermögliche, in den nachrichtendienstlichen Bericht, der ursächlich zum Ausschluss der Beschwerdeführerin geführt habe, in den vollständig ungeschwärzten Evaluationsbericht inklusive Anhang 6. Gemäss den Erklärungen der Vergabestelle würden diejenigen Anbieter, welche für das Los 1 offeriert hätten und einen Zuschlag erhielten, automatisch auch die Leistungen in Los 2 anbieten, da Los 2 eine Schnittmenge von Los 1 sei. Entscheidend sei demnach, dass, wer einen Zuschlag im Los 1 erhalte, folglich automatisch Mitbieterin für das Los 2 sei, wenn dann die darin enthaltenen Standorte konkret vergeben würden. Daher habe für Los 2 nur mitbieten müssen, wer ohne die fest im Los 1 zu vergebenden Standorte (Losteil 1.1: 300, Losteil 1.2: 100) habe mitbieten wollen. Unzutreffend sei demnach, dass die Leistungen des Loses 2 durch ein selbständiges Angebot hätten offeriert werden müssen. Tatsächlich habe die Beschwerdeführerin keine konkrete Offerte nur für das Los 2 eingereicht. Sie habe nicht für die noch nicht definierten Standorte in den Ballungszentren bieten wollen, ohne auch über die festen Standorte gemäss Los 1.1 oder 1.2 zu verfügen. Sie habe einen Zuschlag in Bezug auf Losteil 1.1, bzw. namentlich Losteil 1.2 angestrebt und sich die Option für die darin enthaltene Teilmenge von Standorten in Ballungsgebieten des Loses 2 offen halten können. Das fehlende initiale Angebot für das Los 2 könne der Beschwerdeführerin daher nicht zum Nachteil gereichen. Gegen den Abbruch des Loses 2 sei nur dann nichts einzuwenden, wenn sämtliche Standorte des Loses 2 in den Standorten des Loses 1 enthalten wären und blieben. Aufgrund des Hinweises der Vergabestelle auf die "optionalen Mengen des

Loses 1" sei zu befürchten, dass die Vergabestelle nun sämtliche Standorte des Loses 2 der Zuschlagsempfängerin des Loses 1.1 vergeben werde, sobald der Abbruch des Loses 2 in Rechtskraft erwachsen sei. Damit würden die Standorte des Loses 2 entgegen den Ausschreibungsunterlagen keinem Wettbewerb unterzogen, sondern einzig der bundeseigenen Zuschlagsempfängerin zugehalten.

Die Beschwerdeführerin legt sodann die Kostennote ins Recht.

Q.

In der Folge sistierte die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 10. Februar 2015 das vorliegende Verfahren bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens B-7133/2014.

Mit Urteil 2C_553/2015 vom 26. November 2015 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde der Vergabestelle gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 nicht ein.

R.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Stellungnahme vom 25. Januar 2016 an ihren Anträgen fest, soweit sie sich durch den Entscheid des Bundesgerichts B-7133/2014 vom 26. November 2015 nicht erledigt hätten.

S.

Die Vergabestelle beantragt mit Stellungnahme vom 24. Februar 2016, die Beschwerde sei hinsichtlich Teillos 1.1 als durch Rückzug erledigt abzuschreiben und im Übrigen abzuweisen. Die weiteren prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin, insbesondere das Gesuch um Akteneinsicht, seien abzuweisen, da der Beschwerdeführerin bereits umfassend Akteneinsicht gewährt worden sei. In prozessualer Hinsicht beantragt die Vergabestelle, die Beschwerdeführerin sei aufzufordern, ihre Beschwerdeanträge, insbesondere in Bezug auf das Teillos 1.2, zu präzisieren, substantiell zu begründen und insbesondere nachzuweisen, inwiefern sie die Eignungskriterien 11 (Akzeptanz Rahmenvertrag) und 12 (Akzeptanz AGB) erfülle. Solange der Entscheid des Bundesrats in Kraft stehe, könne die Vergabestelle für die streitbetroffenen Leistungen weder einen Zuschlag an die Beschwerdeführerin vornehmen noch mit ihr einen Vertrag abschliessen. Die Vergabestelle beantragt auch die Abweisung der Beschwerde hinsichtlich Los 2. Zu der von der Beschwerdeführerin eingereichten Kostennote äussert sie sich nicht.

T.

Mit Eingabe vom 8. Juni 2016 teilt die Vergabestelle mit, dass seit dem Abschluss des Rahmenvertrags mit der Zuschlagsempfängerin für das Teillos 1.1 am 2. September 2014 die 300 initialen Standorte erschlossen worden seien. Als Folge neuer Aufgaben und neuer Anwendungen wie der neu ausgerollten Unified Communication (UC) Lösung habe sich der Bedarf zahlreicher Bundesstellen an zusätzlichen Bandbreiten stärker und rascher entwickelt, als dies im Zeitpunkt der Ausschreibung abzusehen gewesen sei. Die Vergabestelle habe daher gestützt auf die Optionen des Rahmenvertrags vom 2. September 2014 die Erschliessung weiterer Standorte bei der Zuschlagsempfängerin angefordert. Bis heute sei die Erschliessung von rund 550 Standorten weitgehend realisiert. Die Vergabestelle habe aufgrund des hängigen vorliegenden Beschwerdeverfahrens die Erschliessung von 100 Standorten vorerst zurück gehalten, da diese Reststandorte allenfalls potentiell für das Teillos 1.2 in Frage kommen könnten. Aufgrund der laufenden Projekte und der mit Nachdruck angemeldeten Bedürfnisses diverser Bundesstellen lasse sich die Reservierung von 100 Reststandorten für eine potentielle Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.2 indessen nicht länger rechtfertigen. Die Vergabestelle habe sich daher entschieden, die Erschliessung der weiteren Standorte in Angriff zu nehmen. Die Vergabestelle werde zwecks bestmöglicher Wahrung der Rechte der Beschwerdeführerin die Erschliessungsleistungen für die nächsten prioritären Standorte auf maximal drei Jahre begrenzen, damit nach Ablauf dieser Dauer allenfalls eine neue Vergabe erfolgen könne.

U.

Die Beschwerdeführerin beantragt mit Stellungnahme vom 16. Juni 2016, es sei umgehend in der Hauptsache zu entscheiden. Im Sinne vorsorglicher Massnahmen beantragt sie, es sei der Vergabestelle unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB gegenüber den Amtsverantwortlichen superprovisorisch und danach provisorisch zu untersagen, weitere Standorte zu erschliessen (Ziffer 2.1), es sei den Amtsverantwortlichen der Vergabestelle bei Zuwiderhandlung gegen die superprovisorischen und provisorischen Massnahmen eine Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB wie folgt anzudrohen: „Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.“ (Ziffer 2.2), sowie, es sei der Vergabestelle mit dem Entscheid eine Ordnungsbusse von Fr. 1'000.–, ev. von Fr. 500.– aufzuerlegen.

Zur Begründung führt sie aus, die vom Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014 erteilte aufschiebende Wirkung beziehe sich derzeit ohne jeden Zweifel auf die 100 Initialstandorte des Loses 1.2 sowie auf die optional zu erschliessenden 600 Standorte des Loses 1. Sodann beziehe sie sich auf die 400 Standorte des Loses 2. Die Vergabestelle sei folglich einzig dazu berechtigt, die 300 Initialstandorte des Loses 1.1 von der Zuschlagsempfängerin 1 erschliessen zu lassen. Zugegebenermassen habe sie jedoch bereits 550 Standorte erschlossen und damit die Befugnis überschritten und den Streitgegenstand hinfällig werden lassen. Zudem sei die Vergabestelle im Begriff, die von ihr offenbar ausgeschiedenen 100 Initialstandorte des Loses 1.2 zu erschliessen. Das Vorgehen der Vergabestelle sei widerrechtlich und müsse durch einen sofortigen Entscheid des Gerichts gestoppt werden. Offenbar würden von Woche zu Woche mehr Standorte erschlossen und damit der Streitgegenstand mehr und mehr hinfällig. Die Anordnung von sichernden Massnahmen erscheine äusserst dringlich, wenn der Entscheid in der Hauptsache noch nicht gefällt werden könne. Um den nicht wieder gut zu machenden Nachteil nicht noch weiter zu vergrössern, seien die beantragten vorsorglichen Massnahmen durch das Gericht unabdingbar. Auch die grosse Dringlichkeit sei offensichtlich. Es gebe angesichts der schweren Verfehlungen der Vergabestelle kein öffentliches Interesse, welches den beantragten vorsorglichen Massnahmen entgegenstünde.

V.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 27. Juni 2016 verbot die Instruktionsrichterin den zuständigen Organen der Vergabestelle unter Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB, die Erschliessung von Standorten, welche Gegenstand des Zwischenentscheids vom 6. Oktober 2014 seien, in Auftrag zu geben bzw. diesbezüglich Verträge abzuschliessen.

W.

Die Vergabestelle ersuchte mit Wiedererwägungsgesuch vom 24. Juni 2016 um Aufhebung der Verfügung vom 17. Juni 2016. Seit dem 2. September 2014 bestehe ein Vertrag zwischen dem Bund und der Zuschlagsempfängerin des Teillooses 1.1, welches Grundaufträge sowie optionale Aufträge umfasse. Die Vergabestelle sei unter diesem rechtsgültigen Vertrag zum Abruf optionaler Leistungen befugt. Das vorsorgliche Verbot vom 17. Juni 2016 greife (ohne Anhörung der Vergabestelle und ohne Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts) in ein privatrechtliches Rechtsverhältnis ein, indem es „Organen“ der Vergabestelle die Wahrnehmung vertraglicher

Rechte verbiete. Ein solcher Eingriff in ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis wäre dem Zivilrichter vorbehalten. Zudem sei die Strafandrohung an Behörden und Beamte unzulässig. Die Verfügung vom 17. Juni 2016 verletze aus weiteren Gründen materielles Recht. Bereits heute bestehe bei der Breitbanderschliessung ein Versorgungsnotstand. Werde die Erschliessung der letzten 100 Standorte durch die Beschwerdeführerin weiterhin blockiert, würden diese Dienststellen ihre Aufgaben nicht mehr erbringen können. Weder die Vergabestelle noch die Bedarfsträger verfügten über das erforderliche Budget, um die Restleistung zu einem Preis einzukaufen, der um ein Vielfaches über dem Vergleichspreis liege. Die superprovisorisch verfügte Massnahme sei daher in Wiedererwägung zu ziehen und ersatzlos aufzuheben.

X.

Mit Verfügung vom 7. Juli 2016 wies die Instruktionsrichterin das Wiedererwägungsgesuch ab, soweit sie darauf eintrat.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Mit Zwischenentscheid vom 21. Mai 2014 ist das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde eingetreten. Der Zwischenentscheid wurde nicht angefochten.

Ursprünglich beantragte die Beschwerdeführerin, ihr sei der Zuschlag 1.1 aus dem Los 1, eventualiter der Zuschlag 1.2 aus dem Los 1, zu erteilen und der Abbruch der Ausschreibung für das Los 2 sei aufzuheben. Mit Eingabe vom 20. August 2014 zog sie ihr Beschwerdebegehren insofern teilweise zurück, als sie den Zuschlag des Loseils 1.1 (300 Standorte) an sich beantragt hatte. Diesbezüglich ist die Beschwerde somit durch Teilrückzug gegenstandslos geworden.

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin nie eine Offerte für das Los 2 eingereicht hat. Im Zwischenentscheid vom 21. Mai 2014 ging das Bundesverwaltungsgericht davon aus, obwohl die Beschwerdeführerin kein separates Angebot für Los 2 eingereicht habe, sei sie aufgrund ihres Angebots für Los 1 automatisch als Anbieterin auch in Bezug auf Los 2 aufzufassen, weshalb sie durch den Abbruch dieses Loses beschwert sei.

In ihrer Eingabe vom 19. Dezember 2014 präzisierte die Beschwerdeführerin, sie habe keine konkrete Offerte nur für das Los 2 eingereicht, weil es für sie nicht attraktiv gewesen sei und immer noch nicht attraktiv sei, allein

für die noch nicht definierten bzw. nicht bekannt gegebenen Standorte gemäss diesem Los zu bieten, ohne gleichzeitig auch über die festen Standorte gemäss Teillos 1.1 oder 1.2 zu verfügen. Gegen den Abbruch des Loses 2 sei aber nur dann nichts einzuwenden, wenn sämtliche Standorte diese Loses in den Standorten des Loses 1 mitenthalten blieben und unangetastet blieben, bis über das Teillos 1.2 rechtskräftig entschieden sei.

Angesichts dieser Ausführungen erscheint als fraglich, ob die Beschwerdeführerin noch über ein aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung dieses Abbruchs verfügt, das über ihr Interesse an der Anfechtung der Nichtberücksichtigung ihres Angebots für das Los 1.2 hinausgeht.

2.

In ihrer publizierten Verfügung begründete die Vergabestelle die Nichterteilung des Zuschlags in Bezug auf das Teillos 1.2 damit, dass kein zweites Angebot alle technischen Spezifikationen und Eignungskriterien erfüllt habe. Gegenüber der Beschwerdeführerin führte sie konkret aus, 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 Datentransportdienstleistungen im Inland für die Bundesverwaltung betraut werden. Diese Eignungskriterien erfülle die Beschwerdeführerin nicht. In seinem Beschluss vom 29. Januar 2014 hatte der Bundesrat das Eidgenössische Finanzdepartement beauftragt, Firmen, welche diese Anforderungen nicht erfüllten, von laufenden Beschaffungsverfahren für Datentransportleistungen auszuschliessen (vgl. Beschlussziffer 6 des BRB vom 29. Januar 2014).

Die Vergabestelle legt in diesem Zusammenhang dar, dass der Bundesrat durch Hinweise des Nachrichtendienstes des Bundes NDB auf die Gefahr, dass gewisse Anbieter mit ausländischen Geheimdiensten kooperierten, im Januar 2014 bewogen worden sei, den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem streitbetroffenen Verfahren anzuordnen. Zuzufolge 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 bzw. inländisch beherrschte Unternehmen vergeben werden sollten. Entsprechend sei der Bundesrat zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführerin aus Überlegungen der inneren und äusseren Sicherheit

nicht als Leistungserbringerin berücksichtigt werden dürfe, sondern vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei.

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 nicht vorgängig bekannt gegeben und auch keine Verhandlungen darüber geführt. Die Eignungskriterien seien in derart wesentlichen Punkten geändert worden, dass die Beschwerdeführerin kurzerhand "ex nunc" von der Vergabe ausgeschlossen worden sei. Diese neuen Eignungskriterien seien daher unbeachtlich.

2.1 Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (vgl. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 580).

2.2 Die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise sind in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (vgl. Art. 9 Abs. 2 BöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 628).

Die Vergabebehörde ist in der Folge 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 BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2, m.H.; 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 BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 3.5, B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; Zwischenentscheide des BVGer B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 5.2 und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 4.1). Aus Art. XIV Abs. 4 Bst. b GPA ergibt sich, dass gewisse Änderungen der Kriterien und technischen Anforderungen während laufendem Verfahren nicht absolut ausgeschlossen sind, sofern der Transparenzgrundsatz eingehalten und der potentielle Anbieterkreis dadurch nicht verändert wird (vgl. dazu PETER RECHSTEINER, Erkenntnisgewinn im Verfahren – darf man klüger werden?, in: Baurecht, Sonderheft Vergabetaugung 2006, S. 35 ff.; Urteile des BVGer B-6274/2015 vom 21. Dezember 2015 E. 4.5.2 und B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 5.3, m.H.). Unzulässig ist aber jedenfalls die Einführung neuer Eignungskriterien, mit denen die Anbieter nicht rechnen mussten, erst nach erfolgter Offertöffnung (vgl. Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg 2A 01 74 vom 23. November 2001 E. 2 und 3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 629 f).

2.3 In den Ziffern 3.7 bzw. 3.8 der Ausschreibung listete die Vergabestelle die zu erfüllenden Eignungskriterien (EK) bzw. Eignungsnachweise auf:

„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 überprüfbares 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.“

Im Pflichtenheft wurde zur Frage der Eignungskriterien lediglich ergänzt, dass die im Fragekatalog aufgeführten Eignungsnachweise vollständig und ohne Einschränkungen oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebotes bestätigt bzw. beigelegt und erfüllt werden müssten, ansonsten nicht auf die Offerte eingegangen werde. Anbieterinnen, welche diese Kriterien nicht erfüllten, würden vom Verfahren ausgeschlossen. Als nicht erfüllt betrachtet und ebenfalls ausgeschlossen werde auch, wer bei den Angaben vorsätzlich eine Falschangabe mache, wer nichts ausfülle oder wer unklare Angaben mache. Eine Anbieterin könne nachträglich ausgeschlossen werden, sofern sich Falschangaben erst nachträglich beweisen liessen resp. bestätigt würden (vgl. Allgemeines Pflichtenheft, Ziffer 4.5 S. 15).

2.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe ihre Offerte fristgerecht am 26. August 2013 eingereicht und sich darin bereit erklärt, im Falle eines Zuschlags einen Rahmenvertrag abzuschliessen. Dieser habe vorgesehen, dass der Datenschutz und die Datensicherheit gewährleistet werden müssten (Rahmenvertrag, Ziffer 8). Auch habe sie sich verpflichten müssen, alle technischen und organisatorischen Massnahmen zum Schutz der Information insbesondere vor unberechtigtem Zugriff Dritter zu treffen (Rahmenvertrag, Ziffer 162) und Personendaten grundsätzlich nur in der Schweiz zu bearbeiten (Rahmenvertrag, Ziffer 164). Die Beschwerdeführerin habe auch die AGB des Bundes, welche ähnliche Bestimmungen enthielten, vollumfänglich akzeptiert (AGB Werkverträge Informatik, insbes. Ziffer 23; AGB Bund Informatikdienstleistungen, insbes. Ziff. 17; AGB Bund für Kauf und Wartung Hardware, Ziffer 24; AGB Bund Beschaffung und Pflege von Standardsoftware, insbes. Ziffer 25). Sie habe überdies mit Bezug auf EK7 akzeptiert, dass anlässlich der Auftragserfüllung Personensicherheitsüberprüfungen durchzuführen seien, sowie, dass für die Auftragserfüllung eine Betriebssicherheitsüberprüfung vorzunehmen sei. Auch

habe sie die Vertraulichkeitserklärung unterzeichnet und sich damit ausdrücklich und schriftlich verpflichtet, die Informationsschutzverordnung des Bundes einzuhalten. Sie habe zudem als Option ein Verschlüsselungsprogramm des schweizerischen Unternehmens C._____ SA angeboten. Anlässlich des ersten Schritts der Angebotsprüfung seien die Eignungskriterien bejaht und in der Folge die technischen und kommerziellen Punkte geprüft worden. Am 26. September 2013 sei die Beschwerdeführerin schriftlich zur Auftragsbereinigung aufgefordert worden. Die ihr dabei gestellten Fragen in Bezug auf die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien habe die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 20. Oktober 2013 umfassend beantwortet. Am 14. November 2013 habe eine letzte Angebotsbereinigung stattgefunden, wobei nur noch wenige Punkte in Bezug auf die technischen Spezifikationen – die Erschliessungskosten (Frage 1) und die Preise (Fragen 2 und 3) – zur Diskussion gestanden seien, und es sei der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zur Angebotsbereinigung eingeräumt worden. Daraufhin sei die Bewertung der eingegangenen Offerten erfolgt. Nicht ansatzweise seien Eignungskriterien oder Zweifel an den von der Beschwerdeführerin abgegebenen Zusicherungen im Hinblick auf die Einhaltung sicherheitsrelevanter Teile des Rahmenvertrags zur Diskussion gekommen. Am Debriefing vom 11. Februar 2014 habe die Vergabestelle auf die mit der geheimdienstlichen Berichterstattung verbundenen neuen Erkenntnisse verwiesen, die zu Zweifeln an der Einhaltung von datensicherheitsrelevanten Bestimmungen im Rahmenvertrag und den AGB des Bundes durch die Beschwerdeführerin geführt hätten. Die Vergabestelle sei offenbar aus rein politischen Gründen gezwungen worden, im laufenden Vergabeverfahren die Eignungskriterien zu ändern und zu verlangen, dass sich die Zuschlagsempfängerin mehrheitlich in Schweizer Eigentum zu befinden habe und die gesamte Leistung innerhalb der Schweiz erzeugen müsse. Im Rahmenvertrag werde bloss verlangt, dass bei einer Verarbeitung personenbezogener Daten im Ausland die Zustimmung der Auftraggeberin notwendig sei.

Die Vergabestelle entgegnet, der NDB sei in seiner klassifizierten Analyse zur sicherheitspolitischen Bedrohung durch nachrichtendienstliche Aktivitäten ausländischer Staaten im Bereich elektronischer Daten zur Erkenntnis gelangt, dass Datenspionage umfassender und systematischer betrieben werde als bisher angenommen, dass internationale Sicherheitsstandards im Bereich der Kryptologie offenbar vorsätzlich geschwächt worden seien, um effiziente Verschlüsselungen zu verunmöglichen, dass die Sigint-Dienste der USA und Grossbritanniens eine umfassende Strategie der Informationsbeschaffung verfolgten, die in einem ersten Schritt auf eine

möglichst vollständige Abdeckung der weltweiten Telekommunikation abziele, um in einem zweiten Schritt fallspezifisch aktive Abhöraktionen durchzuführen, und dass IKT-Unternehmen mit Sitz in den USA oder Grossbritannien oder mit geschäftlich relevanten Beziehungen dorthin rechtlich zur Kooperation zur (extraterritorialen) Daten- bzw. Informationsbeschaffung veranlasst werden könnten, wobei diese Staaten nach Massgabe ihrer entsprechenden Spezialgesetzgebungen Personen in ihrem Territorium verpflichten könnten, mit den Nachrichtendiensten zu kooperieren und hierüber Stillschweigen zu bewahren. Nach der Einschätzung des Bundesrats legten diese Erkenntnisse nahe, dass im Falle einer Auslagerung von besonders kritischen IKT-Infrastrukturen für die Bundesverwaltung, wie dem Datentransport, an Anbieter, die ausländischen und insbesondere angloamerikanisch beherrschten Unternehmungen angehörten oder sich im Ergebnis im Besitze ebensolcher Personen befänden, ein stark erhöhtes Risiko nachrichtendienstlicher Ausforschungen vorliege, das auch mittels vertraglicher Zusicherungen nicht effektiv eingeschränkt werden könnte.

2.4.1 Wie dargelegt, ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, die Eignungskriterien zu bestimmen und vorzugeben, mit welchen Nachweisen deren Erfüllung darzutun ist. Eignungskriterien und Eignungsnachweise sind indessen anlässlich der Ausschreibung bekannt zu geben.

2.4.2 Im vorliegenden Fall ist aktenmässig erstellt und unbestritten, dass die Beschwerdeführerin alle von der Vergabestelle anlässlich der Ausschreibung geforderten Nachweise erbracht hat. Eine Anforderung, dass der Auftrag nur an inländische bzw. inländisch beherrschte Unternehmen vergeben werden dürfe, ergibt sich weder aus dem Ausschreibungstext noch aus den Ausschreibungsunterlagen. Im Gegenteil impliziert die dargelegte Klammerbemerkung zu EK1 („Ausländische Anbieter legen vergleichbare aktuelle, amtliche Dokumente oder Urkunden bei.“) unzweideutig, dass aus Sicht der Vergabestelle auch ausländische Anbieter in Frage kamen. Vor allem aber gab die Vergabestelle in ganz grundsätzlicher Weise durch die Ausschreibung dieses Dienstleistungsauftrags den potentiellen Anbietern zu verstehen, dass sie nicht die Auffassung vertrat, alle anderen Anbieterinnen ausser der sehr beschränkten Anzahl von Marktteilnehmerinnen, die mehrheitlich inländisch beherrscht sind, erfüllten per se die Eignungskriterien nicht.

2.5 Bis Ende 2013 ging die Vergabestelle offensichtlich selbst davon aus, die Beschwerdeführerin erfülle sämtliche Eignungskriterien, und bewertete

in ihrem Evaluationsbericht sämtliche Zuschlagskriterien. Erst aufgrund des durch den BRB vom 29. Januar 2014 neu eingeführten Erfordernisses, wonach mögliche Anbieterinnen unter anderem nicht ausländisch beherrscht sein dürften, stufte sie die Beschwerdeführerin als ungeeignet ein.

2.6 In ihrer Eingabe vom 24. Februar 2016 macht die Vergabestelle erstmals geltend, vor dem Hintergrund der damals neu gewonnenen Erkenntnisse des NDB sei es ihre Pflicht gewesen, die blossen Bestätigungen der Anbieterinnen betreffend die Erfüllung der Anforderungen gemäss EK11 und EK12, insbesondere die wirksame Einhaltung der Geheimhaltungsklausel in den jeweiligen AGB sowie der Ziffer 8 des Rahmenvertrags (Geheimhaltung, Datenschutz und Datensicherheit) zu hinterfragen. Sie habe daher im Evaluationsbericht bei der Beschwerdeführerin sowohl EK11 (Akzeptanz Rahmenvertrag) als auch EK12 (Akzeptanz AGB) als nicht erfüllt beurteilt. Die Beschwerdeführerin habe keinen eingehenden, sachbezogenen Nachweis dafür erbracht, dass und wie sie als Tochterunternehmen in einem Konzern mit amerikanischen und englischen Muttergesellschaften die EK11 und EK12 de facto erfülle und sicherstellen könne. Sie habe während des ganzen bisherigen Beschwerdeverfahrens nichts vorgebracht, um den geschilderten Anfangsverdacht – nämlich, dass Geheimdienste ausländischer Staaten, namentlich der NSA (USA) und das GCHQ (UK), Betreiber mit Sitz in diesen Staaten zur nachrichtendienstlichen Kooperation aufforderten und diese Anbieter solchen Aufforderungen zum Teil bereitwillig nachkamen – zu entkräften. Es wäre für sie grundsätzlich ein Einfaches gewesen, nachträglich noch eine "no Spy"-Erklärung abzugeben und diese glaubhaft zu belegen. Sie sei deshalb aufzufordern, dies substantiiert nachzuweisen, beispielsweise mittels ausführlicher Begründung, weshalb sie keiner Verpflichtung unterliege, Daten aus der Leistungserbringung an ausländische Staaten herauszugeben.

Mit dieser Argumentation macht die Vergabestelle nun sinngemäss geltend, sie habe gar keine neuen Anforderungen eingeführt, sondern die Zusicherungen der Beschwerdeführerin seien unglaubwürdig.

2.6.1 Die Beweislast dafür, dass seine Eignung gegeben ist, obliegt grundsätzlich dem Anbieter. Ist die Formulierung dieser Anforderungen auslegungsbedürftig, so verfügt die Vergabestelle über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Rechtsmittelinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende

auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1).

Der Nachweis für seine Eignung erbringt der Anbieter grundsätzlich durch die Eignungsnachweise, welche die Vergabestelle anlässlich der Ausschreibung in der Ausschreibung selbst und in den Ausschreibungsunterlagen verlangt hat. Gewisse Eignungsnachweise sind in der Folge durch die Vergabestelle zu bewerten, wie insbesondere Referenzen. Bei dieser Bewertung steht der Vergabestelle ein erheblicher Ermessenspielraum zu (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.3). 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 BVer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Entscheide der Eidgenössischen 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. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.).

2.6.2 Die im vorliegenden Fall verlangten Eignungsnachweise, die in Bezug auf die Geheimhaltungspflichten relevant sind, bestanden lediglich aus Zusicherungen bzw. einer Akzeptanzklärung seitens der Anbieterin. Weder waren die entsprechenden Formulierungen in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen auslegungsbedürftig, noch handelt es sich bei diesen Zusicherungen bzw. bei der Akzeptanzklärung um Nachweise, die ihrer Natur nach in der Folge durch die Vergabestelle bewertet werden mussten. Es ist denn auch unbestritten, dass auch die Vergabestelle bis Ende 2013 davon ausging, dass diese Eignungsnachweise genauso erbracht worden waren, wie sie sie anlässlich der Ausschreibung gefordert hatte.

2.6.3 Bezüglich der Frage, welche nachrichtendienstlichen Erkenntnisse sie bzw. den Bundesrat im Januar 2014 dazu bewogen haben, die Glaubwürdigkeit der Beschwerdeführerin in Zweifel zu ziehen, verweist die Vergabestelle im Wesentlichen auf den Lagebericht 2014 des NDB sowie einige Medienartikel. Keines dieser Dokumente bezieht sich indessen auf die Beschwerdeführerin.

Die Argumentation der Vergabestelle ist indessen ohnehin widersprüchlich, legt sie doch in ihrer Stellungnahme vom 24. Februar 2016 nun selbst dar, es sei trotz den amerikanischen und englischen Muttergesellschaften der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen, dass diese den Nachweis erbringen könnte, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine "no Spy"-Erklärung mit entsprechenden Belegen.

Unbestritten ist indessen, dass die Vergabestelle von der Beschwerdeführerin nie einen derartigen Nachweis verlangt hatte, weder anlässlich der Ausschreibung noch zu irgendeinem anderen Zeitpunkt vor dem Erlass der vorliegend angefochtenen Ausschlussverfügung. Insofern kann der Beschwerdeführerin – entgegen der Auffassung der Vergabestelle – kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie – über die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen verlangten Nachweise hinaus – noch keine derartigen zusätzlichen Belege beigebracht hat. Vielmehr ergibt sich aus der Argumentation der Vergabestelle selbst, dass die – nicht offen gelegten – nachrichtendienstlichen Erkenntnisse nicht derart beweiskräftig waren, dass die Glaubwürdigkeit der Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre Zusicherungen zu den Geheimhaltungspflichten in antizipierter Beweiswürdigung, ohne weitere Sachverhaltsabklärung, verneint werden durfte.

2.7 Wenn die Vergabestelle unter diesen Umständen der Beschwerdeführerin die Eignung abgesprochen hat, obwohl sie alle anlässlich der Ausschreibung geforderten Nachweise erbracht hat, hat sie daher offensichtlich gegen Art. 9 Abs. 2 BöB bzw. gegen den Transparenzgrundsatz verstossen und sich damit vergaberechtswidrig verhalten.

3.

Die Vergabestelle macht geltend, die nachträgliche Einführung dieser Eignungskriterien sei aufgrund des Beschlusses des Bundesrats vom 29. Januar 2014 erfolgt. Die Vergabestelle habe den Entscheid befolgen müssen, da ihr als zum Vollzug des bundesrätlichen Entscheids berufener Behörde kein eigener Beurteilungsspielraum verbleibe. Der Bundesrat sei unmittelbar durch die Verfassung befugt und verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit zu treffen. 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.

3.1 Die Frage, ob der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) befugt ist, von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Anordnungen zu treffen, wird in der Rechtsprechung und Lehre uneinheitlich beantwortet. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass diese Befugnisse es dem Bundesrat nicht erlauben, sich über bestehende Gesetze oder Verfassungsnormen hinwegzusetzen (vgl. BGE 123 IV 29 E. 3.a; GIOVANNI BIAGGINI, in: Biaggini/Gächter/Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, 2011, § 19 N. 50 f.; MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBI 111/2010, S. 418). Andere Lehrmeinungen erachten diese Auffassung als zu eng und befürworten, dass der Bundesrat von den gesetzlichen Vorgaben abweichen können sollte, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Abweichung sachlich dringend geboten sei (vgl. URS SAXER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar [im Folgenden: Kommentar BV], 3. Aufl. 2014, Art. 185 N. 103; FELIX SCHWENDIMANN/BINH TSCHAN-TRUONG/DANIEL THÜRER, in: Kommentar BV, a.a.O., Art. 184 N. 22). In jedem Fall müssen die nach Art. 185 Abs. 3 BV ergriffenen Massnahmen die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns nach Art. 5 BV einhalten. So muss insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht respektiert werden (vgl. SAXER, a.a.O., Art. 185 N. 99; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Band. I, 3. Aufl. 2013, Rz. 1627; PASCAL MAHON, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, 2003, Art. 184 N. 17). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 514). Die Massnahme darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 530).

3.2 Welcher dieser Auffassungen der Vorzug zu geben ist, kann vorliegend offen gelassen werden. Auch wenn der Meinung gefolgt würde, wonach der Bundesrat gestützt auf Art. 184 und 185 BV nicht nur *praeter*, sondern auch *contra legem* Anordnungen treffen dürfe, wäre zu prüfen, ob der durch den Bundesratsbeschluss geforderte Ausschluss der Beschwerdeführerin

sachlich dringend geboten ist, ein öffentliches Interesse verfolgt und die verfassungsmässigen Grundsätze respektiert.

3.3 Zwar darf das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob der durch den Bundesratsbeschluss geforderte Ausschluss der Beschwerdeführerin sachlich dringend geboten, zweckmässig und durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt ist, nur mit erheblicher Zurückhaltung gegenüber dem Beurteilungs- und Ermessenspielraum des Bundesrates prüfen. Die Frage, inwieweit diese Massnahme mit verfassungsmässigen Grundsätzen, wie insbesondere den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit oder von Treu und Glauben vereinbar sind, prüft das Bundesverwaltungsgericht dagegen frei (vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, a.a.O., Rz. 1627).

3.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Vergabestelle und dem Bund sei bereits vor der Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, dass ausländische Geheimdienste im Zusammenhang mit der Datenbeschaffung aktiv seien. Die Eignungskriterien hätten daher bereits in der Ausschreibung im Hinblick auf Datenschutz- und Datensicherheit entsprechend formuliert hätten werden können. Die objektive Situation habe sich seit der Ausschreibung nicht verändert und dem Bundesrat seien die relevanten Fakten bereits damals bekannt gewesen. 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.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, erst die sogenannten „Snowden Files“ hätten das wirkliche Ausmass, die angewandten Techniken und die Ausrichtung der Spionagetätigkeiten gewisser ausländischer Nachrichtendienste erkennen lassen. Diese Informationen seien erst während laufendem Vergabevorhaben bekannt geworden. Davon seien nicht nur die Schweiz, sondern auch ihre Nachbarstaaten unangenehm überrascht worden.

Der von der Vergabestelle angeführte Lagebericht 2014 des NDB enthält zu dieser Frage folgende Passagen:

„Im Sommer 2013 rückten die durch Edward Snowden, einen ehemaligen Mitarbeiter amerikanischer Nachrichtendienste, ins Rollen gebrachten Enthüllungen die Kommunikationsüberwachung durch Nachrichtendienste ins Scheinwerferlicht der internationalen Öffentlichkeit. Zuvor war die Problematik primär in Fachkreisen diskutiert worden. ...

...Die Problematik breit angelegter, internationaler Kommunikationsüberwachung ist grundsätzlich spätestens seit den ersten Diskussionen in den späten 1990er-Jahren unter dem Stichwort „Echelon“ bekannt. Damals wurde unter anderem im Rahmen einer Untersuchung des europäischen Parlaments über ein weltweites Spionagenetz der USA, Grossbritanniens, Kanadas, Australiens und Neuseelands berichtet. Dennoch ist das Ausmass fast flächendeckender und mit entsprechendem finanziellem, technischem und personellem Aufwand betriebener Überwachungen für viele überraschend. Auch die mutmassliche direkte Beauftragung grosser Kommunikationsfirmen mit anscheinend nur cursorischer rechtlicher oder politischer Überprüfung, kombiniert mit einem allenfalls auch diesen Firmen unbekanntem, verdecktem Zugang zu Hauptsträngen der Kommunikation, ist in dieser flächendeckenden Systematik neu. Insbesondere amerikanische Nachrichtendienste sollen seit Jahren systematisch Verschlüsselungen aufgebrochen und geschwächt sowie internationale Kryptostandards beeinflusst haben. Wenn auch stichhaltige Beweise für diese Behauptungen zu einem guten Teil fehlen, haben die Enthüllungen einer grösseren Öffentlichkeit neue Bedrohungen durch eine fast unbegrenzte und unkontrollierte Nutzung der heutigen Möglichkeiten der Informations- und Kommunikationstechnologien für Spionagezwecke bewusst gemacht. Ebenso werfen sie ein Schlaglicht auf die grundsätzliche Frage, inwiefern eine möglichst komplette Erfassung der verfügbaren Kommunikations- und Datenkanäle auf Vorrat, um fallspezifisch gewisse Sensoren zu aktivieren, effizient und vor allem rechtsstaatlich kontrollierbar ist.“ (Lagebericht 2014 Nachrichtendienst des Bundes, S. 18 f. < http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/de/home/documentation/publication/snd_publ.html>, abgerufen am 4. Juli 2016).

Angesichts der von der Beschwerdeführerin angeführten Frage im Nationalrat und ihrer Beantwortung durch den Bundesrat sowie dieser Ausführungen im Lagebericht 2014 des NDB drängt sich der Eindruck auf, dass die Problematik den zuständigen Fachstellen an sich bereits vor Ende Juni 2013 bekannt gewesen war, aber erst aufgrund der verstärkten Thematisierung in den Medien im folgenden halben Jahr bei der Vergabestelle bzw. dem Bundesrat der politische Wille reifte, ernsthaftere Massnahmen zu ergreifen.

Es erscheint daher als fraglich, ob die Notwendigkeit, die in Frage stehenden Eignungskriterien aufzustellen, tatsächlich erst in diesem späten Verfahrensstadium, das heisst nach der Einreichung der Angebote, entstand oder erkannt werden konnte.

3.5 Wie dargelegt, hat die Vergabestelle selbst in ihrer Stellungnahme vom 24. Februar 2016 ausgeführt, dass die Möglichkeit besteht, dass die Beschwerdeführerin den Nachweis erbringen könnte, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine "no Spy"-Erklärung mit entsprechenden Belegen.

In gleicher Weise hat sie auch im Beschaffungsverfahren „(1405) 609 Field-Support Partner“ (SIMAP-Meldungsnummer 840715, Projekt-ID 118360) für das Bundesamt für Informatik anlässlich der ersten Ausschreibung vom 22. Oktober 2014 unter anderem verlangt, dass der Anbieter und alle Subunternehmer sich zur Mehrheit in Schweizer Eigentum befinden müssten (EK20). Während laufendem Beschwerdeverfahren brach sie die Ausschreibung ab und schrieb die Sache am 23. April 2015 erneut aus, diesmal mit den EK22 bis 24:

„EK22: Der Anbieter akzeptiert, dass alle Verträge mit der Vergabestelle die Rechtswahl Schweizer Recht und den Gerichtsstand Bern vorsehen. Er bestätigt zudem, dass er in allen für die Leistungserbringung relevanten Verträgen mit Subunternehmern die Rechtswahl Schweizer Recht und einen Schweizer Gerichtsstand vorsehen wird. Der Anbieter legt die vorgesehenen Subunternehmer und auf Verlangen die entsprechenden Vertragsabschnitte in den zugehörigen Verträgen offen. Ein Wechsel bei den Subunternehmern ist nur mit vorgängiger Genehmigung der Vergabestelle zulässig.

EK23: Der Anbieter hat sicherzustellen, dass die Datenbearbeitung ausschliesslich in der Schweiz erfolgt. Jeglicher Zugriff vom Ausland auf die Daten ist zu verhindern. Unter Datenbearbeitung ist jeder Umgang mit Daten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten gemeint. Diese Klausel betrifft alle Daten, welche der Anbieter im Rahmen der Leistungserfüllung bearbeitet, insbesondere auch vorübergehend Daten, Daten aus Zwischenspeicherung oder Randdaten.

EK24: Der Anbieter weist plausibel nach, dass er (inkl. allfällige im gegenüber weisungsberechtigte Konzernmitglieder) und alle von ihm im Rahmen der Leistungserbringung beigezogenen Subunternehmer keiner rechtlichen oder sonstigen Pflicht unterliegen, Daten und Informationen insbesondere an ausländische Staaten herauszugeben.“

Auch in diesem thematisch vergleichbaren Verfahren kam die Vergabestelle offensichtlich im Verlauf der Zeit zur Erkenntnis, dass die Anforderung, dass ein Anbieter sich zur Mehrheit in Schweizer Eigentum befinden müsse, nicht erforderlich sei.

Würde allein auf diese Auffassung der Vergabestelle, wie sie sie in ihrer Stellungnahme vom 24. Februar 2016 zum Ausdruck gebracht hat, abgestellt, dass die Beschwerdeführer den Nachweis erbringen könnte, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine "no Spy"-Erklärung mit entsprechenden Belegen, so müsste es als weder notwendig noch verhältnismässig eingestuft werden, einen Ausschluss der Beschwerdeführerin zu verfügen, ohne ihr Gelegenheit zu geben, diesen Nachweis zu erbringen.

3.6 Letztlich geht es indessen nicht um die Frage, ob die Vergabestelle oder das Bundesverwaltungsgericht den Ausschluss der Beschwerdeführerin als sachlich dringend geboten, zweckmässig und durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt einstufen, sondern darum, ob der Bundesrat, der diesen Ausschluss angeordnet hat, dabei den ihm zustehenden Beurteilungs- und Ermessenspielraum überschritten hat. Bei der Beantwortung dieser Frage hat sich das Bundesverwaltungsgericht, wie dargelegt, erhebliche Zurückhaltung aufzuerlegen.

3.7 Keine derartige Zurückhaltung auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht dagegen bei der Prüfung, ob die angeordnete Massnahme mit verfassungsmässigen Grundsätzen, wie insbesondere den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit oder von Treu und Glauben vereinbar sind. Diese Fragen prüft das Bundesverwaltungsgericht frei.

Durch die Pflicht zur Bekanntgabe der Vergabekriterien bereits anlässlich der Ausschreibung (vgl. Art. 9 Abs. 2 BöB) und die damit einhergehende Verpflichtung der Vergabestelle, sich bei der Vergabe an diese Kriterien zu halten, soll nicht nur die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens, sondern auch das Vertrauen der Anbieter in die ihnen gegenüber bekanntgegebenen „Spielregeln des Verfahrens“ geschützt werden. Insofern stellt Art. 9 Abs. 2 BöB auch eine spezialgesetzliche Konkretisierung des verfassungsmässigen Anspruchs des Bürgers dar, dass staatliche Organe ihm gegenüber nach Treu und Glauben handeln (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 9 BV). Dieser Grundsatz verleiht einer Person Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens, sofern eine Vertrauensgrundlage besteht, auf welche die

Person berechtigterweise vertrauen durfte und sie gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Die Rechtsfolge des Vertrauensschutzes ist in erster Linie, dass die Behörde an die Vertrauensgrundlage gebunden ist. Wird von der begründeten Vertrauensgrundlage aufgrund überwiegender entgegenstehender öffentlicher Interessen abgewichen, kann stattdessen ein Anspruch auf Entschädigung entstehen (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.1, BGE 131 II 627 E. 6.1, BGE 129 I 161 E. 4.1; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 706; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 Rz. 14 S. 176). In der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebene Zuschlagskriterien können gegebenenfalls eine derartige Vertrauensgrundlage bilden. Diese Frage kann sich jedenfalls dann stellen, wenn der betreffende Anbieter gemäss diesen Kriterien den Zuschlag hätte erhalten müssen.

Der verfassungsmässige Grundsatz von Treu und Glauben hätte daher verlangt, dass vor einer Umsetzung der bundesrätlichen Anordnung geprüft werde, ob die Beschwerdeführerin nicht allenfalls Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien und Schadloshaltung für die gestützt darauf getroffenen, nachteiligen Dispositionen gehabt hätte.

3.8 Der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die in Frage stehenden Massnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die dem Betroffenen auferlegt werden (vgl. BGE 141 I 20 E. 6.2, m.H.). Die Massnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 527 E. 6).

Wie dargelegt, ist fraglich, ob die Anordnung des Bundesrats verhältnismässig war oder ob nicht die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung auch durch mildere Eignungsanforderungen, wie beispielsweise die dargelegten Eignungskriterien in der zweiten Ausschreibung des Beschaffungsverfahrens „(1405) 609 Field-Support Partner“ mit einer "no Spy"-Erklärung und entsprechenden Belegen, hätten erfüllt werden können.

Selbst wenn indessen davon ausgegangen würde, dass dies nicht möglich gewesen wäre und dass es sachlich dringend geboten, zweckmässig und durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt gewesen sei, den Zuschlag für das Teillos 1.2 und den entsprechenden Vertrag nicht an die Beschwerdeführerin zu vergeben, so hätte es mildere Massnahmen gegeben, um dieses Ziel zu erreichen, wie insbesondere einen Abbruch des Verfahrens unter Ersatz der Offertkosten der Beschwerdeführerin.

3.9 Der Argumentation der Vergabestelle, der Bundesrat sei befugt gewesen, gestützt auf sein verfassungsunmittelbares Notverordnungs- und Notverfügungsrecht gemäss Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV den Ausschluss der Beschwerdeführerin anzuordnen, weshalb die gestützt auf diese Anordnung erfolgte Ausschlussverfügung in Bezug auf das Teillos 1.2 rechtmässig sei, kann daher nicht gefolgt werden.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vergabestelle habe das Vergabeverfahren betreffend Los 2 zu Unrecht abgebrochen. Die Beschwerdeführerin verweist auf die Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen, wonach diejenigen, welche für das Los 1 offeriert hätten und einen Zuschlag erhielten, automatisch auch die Leistungen in Los 2 anböten, da Los 2 eine Schnittmenge von Los 1 sei. Konkret und gezielt für Los 2 habe nur mitbieten müssen, wer ohne die fest im Los 1 zu vergebenden Standorte (300 im Loseil 1.1 und 100 im Loseil 1.2) nur bei den optionalen Standorten im Los 2 habe mitbieten wollen. Die Beschwerdeführerin habe in der Tat keine konkrete Offerte nur für das Los 2 eingereicht, weil es für sie nicht attraktiv gewesen sei, allein für die – noch nicht definierten bzw. nicht bekannt gegebenen – Standorte in den Ballungszentren gemäss Los 2 zu bieten, ohne gleichzeitig auch über die festen Standorte gemäss Los 1.1 oder 1.2 zu verfügen.

Die Vergabestelle stellt sich dagegen auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe kein Angebot für Los 2 unterbreitet, weshalb sie für den Zuschlag von Los 2 nicht in Frage komme. Das Los 2 sei für einen Drittanbieter neben den beiden Zuschlagsempfängerinnen der Teillose 1.1 und 1.2 gestaltet gewesen. Aus der Formulierung in der Ausschreibung und im Allgemeinen Pflichtenheft (Ziffer 9.2.2) "*Falls ein Zuschlagsempfänger Los 1 und 2 gleichzeitig angeboten hat und nun in Los 1 einen Zuschlag gewinnt, so wird das Angebot in Los 2 hinfällig*" gehe klar hervor, dass ein ausdrückliches Angebot für Los 2 erforderlich gewesen sei, um für den Zuschlag überhaupt in Betracht zu kommen. Aus dieser Bestimmung ergebe

sich auch, dass, sofern nur zwei Anbieterinnen gültige Angebote je für die Lose 1 und 2 eingereicht hätten, das Los 2 von vornherein nicht vergeben werden könne. Damit sei der Abbruch des Loses 2 (unabhängig von der Frage der Gültigkeit der Offerte der Beschwerdeführerin für Los 1) zwingend gewesen.

4.1 In Ziffer 2.5 der Ausschreibung zu Los 2 wird folgendes festgehalten:

„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 Leistungen 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.“

4.2 Zum „Verhältnis von Los 1 zu Los 2“ legte die Ausschreibung in Ziffer 2.5 sodann fest:

„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.“

4.3 In Ziffer 9.2.2 des Allgemeinen Pflichtenhefts erklärte die Vergabestelle:

„Die Ausschreibung ist in 2 Lose aufgeteilt und es kann auf jedes Los angeboten werde. Falls ein Zuschlagsempfänger Los 1 und Los 2 gleichzeitig angeboten hat und nun in Los 1 gewinnt, so wird das Angebot in Los 2 hinfällig.“

4.4 Der Vergabestelle ist zuzustimmen, dass sich aus diesen Bestimmungen ergibt, dass ein Zuschlag für das Los 2 dem Zuschlagsempfänger das

Recht gibt, in Konkurrenz zu den allfälligen Zuschlagsempfängerinnen der Teillose 1.1 und 1.2 jeweils Angebote für die optionalen Managed Service-Instanzen von Los 2 zu machen, wenn die Vergabestelle direkt oder mittels eines Mini-Tender Verfahrens diese optionalen Standorte vergeben will. Ein allenfalls eingereichtes Angebot für das Los 2 wird dabei hinfällig, wenn der gleiche Anbieter bereits ein Teillos des Loses 1 erhalten hat, weil dieser Anbieter mit dem Zuschlag in Los 1 bereits über das Recht zum Mitbieten für die Standorte von Los 2 verfügt.

Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin sich bereits mit ihrem Angebot für das Los 1.2 darum beworben hat, das Recht zu erhalten, bei der Vergabe der optionalen Managed Service-Instanzen von Los 2 mitzubieten, bedeutet daher nicht, dass sie auch als Anbieterin für das Recht, als Drittanbieter neben den allfälligen Zuschlagsempfängerinnen bei dieser Vergabe mitzubieten, anzusehen wäre.

Die Vergabestelle ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass kein Angebot für das Los 2 eingegangen ist. Der Abbruch dieses Vergabeverfahrens ist daher nicht zu beanstanden.

5.

Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vergabestelle sei zur vollständigen Aktenevidenz anzuhalten, und es sei Einsicht in diese Akten zu gewähren, insbesondere in die beim Notar hinterlegte Spezifikation der Preisberechnung für die drei Szenarien, in die Standorte des Loses 2 inklusive genaue Adressbezeichnung, die eine genaue Kostenberechnung ermögliche, in den nachrichtendienstlichen Bericht, der ursächlich zum Ausschluss der Beschwerdeführerin geführt habe und in den vollständig ungeschwärzten Evaluationsbericht inklusive Anhang 6.

Angesichts der dargelegten Überlegungen ist diesem Akteneinsichtsgesuch in antizipierter Beweiswürdigung nicht stattzugeben.

6.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück (Art. 32 Abs. 1 BÖB). Insbesondere dort, wo noch Fragen zu entscheiden sind, bezüglich derer der Vergabestelle Ermessen zukommt, fällt eine direkte Erteilung des Zuschlags durch das Gericht ausser Betracht (vgl. hierzu die Urteile BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 6, B-738/2012 vom 24.

Oktober 2012 E. 2.2 sowie B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 9.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1395 f.).

Im vorliegenden Fall sind derartige Fragen offen, wird die Vergabestelle doch zu prüfen haben, ob sie den Bundesrat um Ermächtigung ersuchen will, seine Anordnung so zu modifizieren, dass sie der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten kann, den Nachweis zu erbringen, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfüllt, insbesondere etwa durch eine "no Spy"-Erklärung mit entsprechenden Belegen, oder ob sie das Verfahren in Bezug auf das Teillos 1.2 in einer Art und Weise abbrechen will, welche dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung trägt.

Damit ist die Beschwerde im Hauptantrag auf Erteilung des Zuschlags für das Teillos 1.2 und das Los 2 abzuweisen, wogegen den Eventualanträgen insofern stattzugeben ist, als die Rechtswidrigkeit des impliziten Ausschlusses der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Teillos 1.2 festzustellen ist.

7.

Die Verfahrenskosten sind anteilmässig im Verhältnis vom Obsiegen und Unterliegen zu verlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (vgl. Art. 5 VGKE). Die Verfahrenskosten können ganz oder teilweise erlassen werden, wenn ein Rechtsmittel ohne erheblichen Aufwand für das Gericht durch Rückzug oder Vergleich erledigt wird (vgl. Art. 6 VGKE). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt, auch wenn sie unterliegen (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde in Bezug auf das Teillos 1.1 sofort zurückgezogen, nachdem sie aus der Rechtschrift der Vergabestelle erfahren hatte, dass ihre Offerte gemäss Evaluationsbericht hinter derjenigen der Zuschlagsempfängerin rangierte. Angesichts des bis dahin erst geringen gerichtlichen Aufwands sind daher diesbezüglich praxisgemäss keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

In Bezug auf das Teillos 1.2 ist die Beschwerdeführerin als teilweise obsiegend anzusehen, dringt sie doch mit ihrem Hauptantrag auf einen direkten Zuschlag nicht durch, wohl aber in wesentlichen Punkten mit ihren Eventualanträgen auf Aufhebung ihres Ausschlusses und Rückweisung der Sache.

In Bezug auf Los 2 unterliegt die Beschwerdeführerin vollständig.

Für Zwischenentscheide über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung werden praxisgemäss separate Verfahrenskosten auferlegt. Im vorliegenden Fall wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014 gutgeheissen, weshalb ihr diesbezüglich keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind.

Der Beschwerdeführerin sind im Ergebnis Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 10'000.– aufzuerlegen.

8.

Die Beschwerdeführerin hat nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE), welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (vgl. Art. 64 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei und ist aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen (Art. 8 und 14 Abs. 2 VGKE). Der in einer detaillierten Kostennote geltend gemachte Aufwand ist insofern anzurechnen, als er notwendig im Sinne dieser Bestimmung ist.

Die Beschwerdeführerin hat mit Eingabe vom 19. Dezember 2014 eine detaillierte Kostennote eingereicht. Darin macht sie, ausgehend von einem Aufwand von insgesamt 360,3 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 420.– bzw. von Fr. 480.–, Kosten von Fr. 161'969.– beziehungsweise, ausgehend von dem „vom BVGer akzeptierten Maximal-Stundensatz von CHF 350.–“, Kosten von Fr. 126'105.– geltend. Das vorliegende Beschwerdeverfahren war sehr aufwändig und der geltend gemachte Stundenaufwand wird von der Vergabestelle nicht kritisiert. Die detaillierte Kostennote enthält einige Posten, welche dem Parallelverfahren B-7133/2014 zuzuordnen und daher nicht zu berücksichtigen sind, andererseits ist der zeitlich nach der Einreichung der Kostennote erwachsene Aufwand für die nach dem Vorliegen des Urteils des Bundesgerichts 2C_553/2015 vom 26. November 2015 eingereichten Stellungnahmen, für welche keine zusätzliche

Honorarnote eingereicht wurde, ermessensweise abzuschätzen und zu addieren. Wie die Beschwerdeführerin selbst darlegt, beträgt er zulässige Maximalansatz Fr. 400.– pro Stunde (vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE), kommt in Vergabesachen aber nur bei besonders komplexen Fällen in Betracht (vgl. Urteile des BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 6.3, B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 11.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1450). Im vorliegenden Fall ist daher der praxisgemäss für das Vergaberecht geltende Regelstundensatz von Fr. 350.– zur Anwendung zu bringen.

Aufgrund dieser Überlegungen und des Verfahrensausgangs ist der Beschwerdeführerin daher eine Parteientschädigung von Fr. 90'000.– (inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen) zu Lasten der Vergabestelle zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Es wird festgestellt, dass der in der Verfügung der Vergabestelle betreffend Teillos 1.2 implizierte Ausschluss der Beschwerdeführerin rechtswidrig ist. Die Verfügung der Vergabestelle betreffend Teillos 1.2 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen.

Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 25'000.– entnommen und der Restbetrag von Fr. 15'000.– ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3.

Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 90'000.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Meldungsnummern 807149 und 807153; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (Auszug; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 11. Juli 2016