



Dokument	<b>B-6737/2016</b>
Urteilsdatum	<b>19.12.2016</b>
Gericht	<b>Bundesverwaltungsgericht</b>
Betreff	<b>Öffentliches Beschaffungswesen; Aufsichtsbeschwerde ; Vorliegen einer Verfügung; Rechtsverweigerung. Nichteintreten</b>
Publikation	<b>Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts</b>
Rechtsgebiete	<b>Staats- und Verwaltungsrecht (allgemein), Verwaltungsverfahren</b>

Bundesverwaltungsgericht  
Tribunal administratif fédéral  
Tribunale amministrativo federale  
Tribunal administrativ federal

Abteilung II  
B-6737/2016

Besetzung	Urteil vom 19. Dezember 2016 Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz), Richter Pascal Richard, Richter Marc Steiner, Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.
Parteien	<b>X. _____ GmbH,</b> vertreten durch die Rechtsanwälte Prof. Dr. iur. Isabelle Häner und Dr. iur. Simon Osterwalder, Bratschi Wiederkehr & Buob AG, 8021 Zürich 1, Beschwerdeführerin, gegen <b>Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,</b> KBB / Rechtsdienst, Fellerstrasse 21, 3003 Bern, vertreten durch die Rechtsanwälte Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und/oder Dr. iur. Pandora Kunz-Notter, Walder Wyss AG, 8034 Zürich, Vergabestelle, <b>Eidgenössisches Finanzdepartement EFD,</b> Generalsekretariat Rechtsdienst, Bundesgasse 3, 3003 Bern, Vorinstanz.
Gegenstand	Öffentliches Beschaffungswesen, Projekt (1342) 609 Datentransport Los 1, SIMAP-Meldungsnummer 807149, SIMAP-Projekt-ID 100648; Aufsichtsbeschwerde.

### Sachverhalt:

#### A.

Am 21. Juni 2013 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: 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 allen 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. (...)"

**B.**



Am 5. Februar 2014 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 807149), dass sie den Zuschlag 1.1 an die Y.\_\_\_\_\_ AG 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.

#### **C.**

Gegen diese Verfügungen erhob die X.\_\_\_\_\_ GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 25. Februar 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-998/2014). Sie beantragte, 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 Zuschlüsse aufgrund der Akten zu erteilen; eventualiter sei das Verfahren zur Fortsetzung und zum Zuschlagsentscheid an die Vergabestelle zurückzuweisen.

Mit Vernehmlassung vom 19. März 2014 beantragte die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.

Mit Eingabe vom 20. August 2014 zog die Beschwerdeführerin ihr Beschwerdebegehren insofern teilweise zurück, als sie den Zuschlag des Loseils 1.1 (300 Standorte) an sich beantragt hatte.

#### **D.**

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.

#### **E.**

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 diese Abbruchverfügung mit Beschwerde vom 8. Dezember 2014 vor dem Bundesverwaltungsgericht an und beantragte die Aufhebung der Abbruchverfügung.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess diese Beschwerde mit Urteil B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 gut und hob die angefochtene Abbruchverfügung auf.

Gegen dieses Urteil erhob die Vergabestelle Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses trat mit Urteil 2C\_553/2015 vom 26. November 2015 auf die Beschwerde nicht ein.

#### **F.**

Mit Eingabe vom 8. Juni 2016 teilte die Vergabestelle mit, dass sie seit dem Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 bei dieser 550 Standorte in Auftrag gegeben habe und beabsichtige, die Erschliessung weiterer Standorte in Angriff zu nehmen.



Mit Verfügung vom 17. Juni 2016 verbot die Instruktionsrichterin den 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.

#### **G.**

Mit Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vom 25. Februar 2014 teilweise gut und stellte fest, dass der in der Verfügung der Vergabestelle betreffend Teillos 1.2 implizierte Ausschluss der Beschwerdeführerin rechtswidrig sei, hob die Verfügung betreffend Teillos 1.2 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück. Soweit weitergehend wies es die Beschwerde ab, soweit sie nicht gegenstandslos geworden war.

In den Erwägungen legte das Bundesverwaltungsgericht dar, die Vergabestelle werde nach der Rückweisung zu prüfen haben, ob sie den Bundesrat um Ermächtigung ersuchen wolle, seine Anordnung so zu modifizieren, dass die Vergabestelle der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten könne, den Nachweis zu erbringen, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine "no Spy"-Erklärung mit entsprechenden Belegen, oder ob sie das Verfahren in Bezug auf das Teillos 1.2 in einer Art und Weise abrechnen wolle, welche dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung trage.

Gegen dieses Urteil wurde keine Beschwerde erhoben.

#### **H.**

Mit Eingabe vom 21. Juli 2016 erhob die X. \_\_\_\_\_ GmbH eine Aufsichtsbeschwerde gegen die Vergabestelle beim Vorsteher des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD und beantragte namentlich, es sei der Vergabestelle umgehend und superprovisorisch zu untersagen, weitere Standorte für Managed Carrier Ethernet-Dienste und optische Dienste in der Bundesverwaltung durch Y. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden auch: Zuschlagsempfängerin) erschliessen zu lassen (1), es sei über die Prozessführung der Vergabestelle im Zusammenhang mit der Beschaffung von Projekt „(1342) 609 Datentransport Lose 1 + 2“ kraft der Aufsichtskompetenz des EFD eine Untersuchung durchzuführen (2), es sei festzustellen, dass die Vergabestelle bei genanntem Projekt gegen die geltende Verfassung verstossen und wichtige öffentliche Interessen des schweizerischen Rechtsstaats verletzt habe und es sei ihr zu untersagen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Vergabeverfahrens Projekt „(1342) 609 Datentransport Lose 1 + 2“ weitere Standorte mit Ethernet Diensten und optischen Diensten zu erschliessen (3), es sei die Vergabestelle aufsichtsrechtlich anzuweisen, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren (4) und es seien darüber Nachkontrollen durchzuführen (5) sowie, es seien die Kosten für die externe Prozessvertretung und deren Finanzierung zu untersuchen (6).

#### **I.**

Der Rechtsdienst des Generalsekretariats des EFD (im Folgenden: Vorinstanz) hielt mit Entscheid vom 30. September 2016 fest, es würden keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen angeordnet (vgl. Dispositiv-Ziffer 1) sowie, die Vergabestelle werde ermächtigt, im Rahmen des rechtskräftigen Zuschlags von Teillos 1.1 die Y. \_\_\_\_\_ AG zu beauftragen, weitere Standorte zu erschliessen (vgl. Dispositiv-Ziffer 2).

Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die Vergabestelle habe mit dem rechtskräftigen Zuschlag im Teillos 1.1 das Recht erhalten, mit der Y. \_\_\_\_\_ AG einen Vertrag über die Erschliessung von 300 Standorten sowie optional weiteren 1000 Standorten zu schliessen. Ein entsprechender Rahmenvertrag sei Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei die Vergabestelle nicht nur berechtigt gewesen, die optionalen Standorte in einem Mini-Tender-Verfahren, sondern auch direkt einer Anbieterin zuzuschlagen. Soweit die Vergabestelle sich auf einen rechtskräftigen Vergabeentscheid



stütze, sei nicht zu beanstanden, wenn sie die Erschliessung weiterer Standorte an die Hand nehme. In Abwägung der Interessen an einem raschen Bezug der Optionen aus Teillos 1.1 und dem Interesse der Beschwerdeführerin, beim Entscheid über die Ausübung der Optionen gegebenenfalls mitberücksichtigt zu werden, sei ersteres höher zu gewichten. Weil das Bundesverwaltungsgericht explizit den Abbruch des Vergabeverfahrens mit allfälligem Ersatz der Offertkosten als mögliches milderes Mittel als den Ausschluss aus dem Verfahren genannt habe, könne im Rahmen einer vorläufigen Entscheidprognose nicht gesagt werden, dass ein Zuschlag an die Beschwerdeführerin eindeutig zu erwarten gewesen wäre. Eine weitere Verzögerung der Erschliessung der verbleibenden Standorte würde zu nicht wieder gut zu machenden Schäden führen. Angesichts des öffentlichen Interesses an der planmässigen Erschliessung weiterer Standorte würden die Gründe, die gegen ein Verbot der weiteren Erschliessung sprechen würden, deutlich überwiegen.

#### J.

Gegen diesen Entscheid erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. November 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, es sei die Dispositiv-Ziffer 2 des Aufsichtsentscheids aufzuheben und der Vergabestelle zu verbieten, weitere Standorte, die über die 300 Standorte des Teilloses 1.1 hinausgehen würden, über welche der Zuschlag rechtskräftig an die Y.\_\_\_\_\_ AG erteilt worden sei, zu erschliessen, bis das Vergabeverfahren hinsichtlich Teillos 1.2 rechtskräftig abgeschlossen sei.

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Vergabestelle superprovisorisch und anschliessend provisorisch unter Strafandrohung zu untersagen, weitere Standorte für Managed Carrier Ethernet-Dienste und optische Dienste in der Bundesverwaltung durch die Y.\_\_\_\_\_ AG erschliessen zu lassen, mit Ausnahme derjenigen 300 Standorte des Teilloses 1.1, über welche der Zuschlag rechtskräftig an die Y.\_\_\_\_\_ AG erteilt worden sei.

Zur Begründung führt sie aus, die Anweisung der Vorinstanz in Dispositiv-Ziffer 2 in Verbindung mit Ziffer 6 der Erwägungen der Vorinstanz habe unmittelbare Auswirkungen auf die verfahrensrechtliche Rechtsstellung der Beschwerdeführerin, weshalb sie als mit Beschwerde anfechtbare Verfügung zu qualifizieren sei. Indem die Beschwerdeführerin gezwungen werde, *lite pendente* die weitere Erschliessung von Standorten zu dulden, für welche sie den Zuschlag an sich selbst beanspruche, werde ihr die Möglichkeit genommen, dass ihre Angelegenheit mit einer anfechtbaren Verfügung erledigt werde und im Fall einer Ablehnung ihrer Anträge ein unabhängiges Gericht darüber entscheide. Dies stelle eine Rechtsverweigerung dar. Eine Rechtsverweigerung liege auch insofern vor, als sich die Vorinstanz über den verbindlichen Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts und dessen Erwägungen im Zwischenentscheid vom 17. Juni 2016 hinwegsetze. Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 verbindlich die Rückweisung zum Entscheid über das Teillos 1.2 entschieden, das ebenso die optionalen 1000 Standorte enthalte, die nun gemäss der Instruktion der Aufsichtsbehörde unter dem Aspekt der rechtskräftigen Vergabe von 300 Standorten unter Los 1.1 weiter erschlossen werden sollten, was bedeute, dass das Verfahren abzuschliessen sei. Damit würden auch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 EMRK verletzt. Dispositiv-Ziffer 2 sei daher als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren, weil sie die Verfahrensgrundrechte der Beschwerdeführerin unmittelbar einschränke. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten nicht von einer Verfügung ausgehen würde und kein ausreichendes Anfechtungsobjekt erkennen könnte, könne sich die Beschwerdeführerin demnach gegen die in Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids enthaltene Ermächtigung mit einer Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 46a VwVG zur Wehr setzen. Die Beschwerdeführerin sei durch den angefochtenen Entscheid besonders betroffen und verfüge über ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse und sei gestützt auf Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeführerin rügt auch eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips.



Rückweisungsentscheide an das Gericht an die Verwaltung zum Neuentscheid seien verbindlich, wobei sich die Verbindlichkeit auch auf die Erwägungen beziehe. Die Vorinstanz berufe sich zur Rechtfertigung ihres Entscheids, weitere Standorte zu erschliessen, zu Unrecht auf den Wegfall der aufschiebenden Wirkung. Vielmehr wäre das Verfahren im Sinn des verbindlichen Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts fortzusetzen. Die Beschwerdeführerin bemängelt sodann eine Verletzung des Vergaberechts. Indem die Vergabestelle ermächtigt werde, weitere Standorte zu erschliessen, und diese auch erschliesse, ohne das Vergabeverfahren lege artis durchzuführen und abzuschliessen, würden insbesondere Art. 8 ff., Art. 13 und Art. 14, Art. 21 f. und Art. 23 wie auch Art. 29 BöB verletzt.

**K.**

Mit Zwischenverfügung vom 2. November 2016 wies die Instruktionsrichterin den Antrag der Beschwerdeführerin auf superprovisorischen Erlass von vorsorglichen Massnahmen ab und lud die Vergabestelle und das EFD ein, bis zum 18. November 2016 zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

**L.**

Mit Verfügung vom 11. November 2016 ersuchte die Instruktionsrichterin die Vergabestelle und das EFD zur Einreichung einer Vernehmlassung in der Sache.

**M.**

Mit Stellungnahme vom 18. November 2016 beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Die mit Zwischenverfügungen vom 2. und 11. November 2016 angesetzten Fristen seien ihr abzunehmen und der Entscheid über die Zuständigkeit des Gerichts und das Eintreten auf die Beschwerde sei den Parteien selbständig zu eröffnen.

Die Vorinstanz habe die Aufsichtsbeschwerde in allen Punkten abgewiesen und keine neuen Anordnungen getroffen. Der Entscheid der Aufsichtsbehörde, einer Aufsichtsbeschwerde keine Folge zu geben, sei nicht rechtsmittelfähig. Einem solchen Beschluss komme kein Verfügungscharakter im Sinne von Art. 5 VwVG zu. In Betracht käme höchstens eine Aufsichtsanzeige an die nächsthöhere Aufsichtsinstanz. Das Bundesverwaltungsgericht sei keine Aufsichtsbehörde der Vorinstanz und damit zur Behandlung der Beschwerde nicht zuständig.

Gegen den Entscheid der Aufsichtsbehörde könne allenfalls dann ein Rechtsmittel ergriffen werden, wenn die Aufsichtsbehörde kraft ihres Aufsichtsrechts ein Rechtsverhältnis verbindlich und erzwingbar regeln würde, was hier nicht zutreffe.

Der Eventualstandpunkt, es liege eine Rechtsverweigerung vor, die nach Art. 46a VwVG zur Beschwerde berechtige, sei ebenfalls unzutreffend. Der Vorwurf der Rechtsverweigerung erfolge grundlos, vielmehr habe die Beschwerdeführerin die Verzögerung in der Umsetzung des Entscheids vom 8. Juli 2016 zu verantworten.

**N.**

Mit Stellungnahme vom 18. November 2016 beantragt auch die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter seien sowohl die Beschwerde als auch das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen. Die mit Zwischenverfügungen vom 2. und 11. November 2016 angesetzten Fristen seien ihr abzunehmen. Die Beschwerdeführerin sei nicht berechtigt, einen ablehnenden Aufsichtsentscheid gerichtlich anzufechten. Unzutreffend sei die Annahme der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in der Sache selber neu verfügt. Mit Dispositiv-Ziffer 2 sei keine Ermächtigung zum Abschluss von Verträgen, die über den rechtskräftigen Zuschlag hinausgingen, verbunden. Die Vorinstanz habe damit nicht die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin geregelt.

**O.**

Mit Verfügung vom 21. November 2016 beschränkte die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel vorerst auf die Eintretensfrage.

**P.**





Mit Verfügung vom 24. November 2016 lud die Instruktionsrichterin die Verfahrensbeteiligten ein, abschliessend zur Frage der Zuständigkeit der Vorinstanz, Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids vom 30. September 2016 zu erlassen, Stellung zu nehmen.

#### **Q.**

Mit Stellungnahmen vom 5. Dezember 2016 bekräftigt die Vergabestelle ihre Rechtsbegehren und prozessualen Anträge.

#### **R.**

Die Vorinstanz führt mit Stellungnahme vom 5. Dezember 2016 aus, sie habe mit Dispositiv-Ziffer 2 lediglich die Anträge der Beschwerdeführerin auf Erlass aufsichtsrechtlicher Massnahme abgewiesen. Zum Entscheid über solche aufsichtsrechtlichen Anordnungen sei sie zuständig. Unzutreffend sei, dass die Vorinstanz mit der Formulierung „*Das BBL wird ermächtigt,...*“ der Vergabestelle ein nicht vorbestehendes Recht erteilt habe. Insbesondere treffe nicht zu, dass die Vorinstanz damit die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Juni 2016 abgeändert habe. Die Zwischenverfügung vom 17. Juni 2016 sei akzessorisch zum Hauptverfahren und sei mit dem Entscheid in der Hauptsache, das heisst dem Urteil vom 8. Juli 2016, dahin gefallen. Die Vorinstanz habe somit keine Anordnungen des angerufenen Gerichts abgeändert oder abändern wollen. Die Vorinstanz habe keine Verfügung erlassen, sondern lediglich eine aufsichtsrechtliche Massnahme abgelehnt.

#### **S.**

Mit Stellungnahme vom 5. Dezember 2016 erneuert die Beschwerdeführerin ihr Rechtsbegehren, es sei der Vergabestelle provisorisch unter Strafandrohung zu untersagen, weitere Standorte für die Managed Carrier Ethernet-Dienste und optische Dienste in der Bundesverwaltung durch die Y.\_\_\_\_\_ AG erschliessen zu lassen, mit Ausnahme derjenigen 300 Standorte des Teilloses I.1, über welche der Zuschlag rechtskräftig an die Y.\_\_\_\_\_ AG erteilt worden sei, sowie, es sei Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids aufzuheben. Sollte die Vorinstanz ihre Zuständigkeit zum Erlass von Dispositiv-Ziffer 2 nicht nachweisen können, wäre der aufsichtsrechtliche Entscheid im Umfang, in dem er vorliegend Streitgegenstand sei, aufzuheben.

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

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Ferner ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung (Art. 46a VwVG).

**1.2** Vorliegend ist umstritten, ob der angefochtene Entscheid der Aufsichtsbehörde vom 30. September 2016 eine Verfügung darstellt.

**1.3** Als Verfügungen gelten gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten (Bst. b) bzw. die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder das Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c) zum Gegenstand haben. Als Verfügungen gelten mithin autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind. Diese Strukturmerkmale bzw. Elemente des Verfügungsbegriffs müssen kumulativ erfüllt



sein. Art. 5 Abs. 2 VwVG dehnt den Verfügungsbegriff auf Vollstreckungsverfügungen, Zwischenverfügungen, Einspracheentscheide, Beschwerdeentscheide, Entscheide im Rahmen einer Revision und die Erläuterung aus. Ferner gelten Wiedererwägungen bzw. Abweisungen von Wiedererwägungsgesuchen, Verfügungen über einen Realakt (Art. 25a Abs. 2 VwVG) sowie Disziplinententscheide nach Art. 60 VwVG als Verfügungen. Vom Verfügungsbegriff erfasst sind naturgemäss auch Teilverfügungen, die ein Verfahren für einen bestimmten Teil abschliessen (vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C\_1097/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 3.1, m.H.; BVGE 2009/43 E. 1.1.4 ff.; Urteile des BVGer A-1672/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 1.2.1 und B-198/2014 vom 5. November 2014 E. 2.3.1; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 849 ff., Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 17).

1.4 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, mit Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids, lautend:

„Das BBL wird ermächtigt, im Rahmen des rechtskräftigen Zuschlags von Teillos 1.1 die Y.\_\_\_\_\_ AG zu beauftragen, weitere Standorte zu erschliessen.“

habe die Aufsichtsbehörde die Vergabestelle ermächtigt, Standorte zu erschliessen, die Gegenstand eines pendenten Vergabeverfahrens seien. Diese Dispositiv-Ziffer 2 in Verbindung mit Ziffer 6 der Erwägungen der Vorinstanz habe unmittelbare Auswirkungen auf ihre verfahrensrechtliche Rechtsstellung. Indem sie gezwungen werde, lite pendente die weitere Erschliessung von Standorten zu dulden, für welche sie den Zuschlag an sich selbst beanspruche, werde ihr die Möglichkeit genommen, dass ihre Angelegenheit mit einer anfechtbaren Verfügung erledigt werde und im Fall einer Ablehnung ihrer Anträge ein unabhängiges Gericht darüber entscheide. Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 verbindlich die Rückweisung zum Entscheid über das Teillos 1.2 entschieden, das ebenso die optionalen 1000 Standorte enthalte, die nun gemäss der Instruktion der Aufsichtsbehörde unter dem Aspekt der rechtskräftigen Vergabe von 300 Standorten unter Los 1.1 weiter erschlossen werden sollten.

Demgegenüber vertreten die Vergabestelle und die Vorinstanz übereinstimmend die Meinung, Dispositiv-Ziffer 2 sei nur hinweisender Natur, es würden damit keine neuen Rechtsverhältnisse begründet. Die Vergabestelle führt aus, die Ermächtigung, „im Rahmen des rechtskräftigen Zuschlags“ tätig zu werden, stelle das Selbstverständliche fest, dass ein Zuschlag vollzogen werden dürfe, wenn er rechtskräftig sei. Das BIT sei zu jedem Zeitpunkt nach dem Rückzug der Beschwerde betreffend Teillos 1.1 und dem Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin berechtigt gewesen, Leistungen unter diesem Vertrag zu beziehen, die zum Teillos 1.1 gehörten. Dispositiv-Ziffer 2 stehe in völliger Übereinstimmung mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2016. Die Vorinstanz habe keine neuen Rechte begründet, was sie auch nicht könne, keine bestehenden Rechte beschränkt und keine Handlungspflichten der Vergabestelle festgelegt. Auch die Vorinstanz legt dar, sie habe nicht in der Sache selber neu verfügt. Dass mit der angefochtenen Anordnung lediglich der Antrag auf vorsorgliche Massnahmen im Aufsichtsverfahren abgelehnt und keine Rechte und Pflichten begründet worden seien, habe sie klar gemacht, indem sie explizit festgehalten habe, dass die Vergabestelle „im Rahmen des rechtskräftigen Zuschlags von Teillos 1.1“ berechtigt sei, weitere Standorte zu erschliessen. Mit dem rechtskräftigen Zuschlag in Teillos 1.1 habe die Vergabestelle das Recht erhalten, mit der Y.\_\_\_\_\_ AG einen Vertrag über die Erschliessung von 300 Standorten sowie optional weiteren 1000 Standorten zu schliessen. Ein entsprechender Rahmenvertrag sei Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei die Vergabestelle nicht nur berechtigt gewesen, die optionalen Standorte in einem Mini-Tender-Verfahren, sondern auch direkt einer Anbieterin zuzuschlagen. Soweit die Vergabestelle sich auf einen rechtskräftigen Vergabeentscheid stütze, sei nicht zu beanstanden, wenn sie die Erschliessung weiterer Standorte an die Hand nehme.





**1.4.1** Der jeweilige Gegenstand der Teillose 1.1 und 1.2 wurde in der Ausschreibung wie folgt definiert (Ziffer 2.5 der Ausschreibung):

„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.“

Die Anzahl dieser weiteren, optionalen Managed-Service-Instanzen wird mit 1000 angegeben.

**1.4.2** Aus der Ausschreibung ergibt sich demnach, dass den Teillosen 1.1 bzw. 1.2 je 300 bzw. 100 Initialstandorte zugewiesen sind. Darüber hinaus beinhaltet jedes dieser Teillose das Recht, zu einem späteren Zeitpunkt in Konkurrenz zueinander ihre Offerten für die optionalen 1000 Managed-Service-Instanzen einzugeben, aus denen die Vergabestelle in der Folge entweder direkt oder mittels eines Mini Tender Verfahrens die Zuschläge erteilt.

Der Zuschlag des Teilloses 1.1 an die Y. \_\_\_\_\_ AG ist in Rechtskraft erwachsen. Die Vergabestelle schloss den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin am 2. September 2014 ab und liess die 300 Initialstandorte des Teilloses 1.1 erschliessen.

Mit Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung der Vergabestelle betreffend Teillos 1.2 aufgehoben und die Sache an die Vergabestelle zurückgewiesen, damit sie prüfe, ob sie den Bundesrat um Ermächtigung ersuchen wolle, seine Anordnung so zu modifizieren, dass sie der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten könne, den Nachweis zu erbringen, dass diese die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine "no Spy"-Erklärung mit entsprechenden Belegen, oder ob sie das Verfahren in Bezug auf das Teillos 1.2 in einer Art und Weise abrechnen wolle, welche dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung trage.

Damit ist das Teillos 1.2 gegenwärtig weder rechtskräftig zugeschlagen noch rechtskräftig abgebrochen. Dies wirkt sich nicht nur auf die 100 Initialstandorte dieses Teilloses aus, sondern auch auf das in diesem Teillos enthaltene Recht, in Konkurrenz mit der Zuschlagsempfängerin von Teillos 1.1 Angebote für die optionalen Standorte einzureichen – welche, sofern sie wirtschaftlich günstiger wären, von der Vergabestelle auch berücksichtigt werden müssten. Auch dieses Recht ist daher Gegenstand eines hängigen Vergabeverfahrens. Zwar kann die Vergabestelle zur Zeit die von der Ausschreibung geforderten Konkurrenzofferten in Bezug auf die Vergabe der optionalen 1000 Managed-Service-Instanzen nicht einholen, da das Teillos 1.2 noch nicht rechtskräftig zugeschlagen ist und daher nicht geklärt ist, wer in Konkurrenz zur Zuschlagsempfängerin von Teillos 1.1 mitanbieten darf. Solange das Teillos 1.2 nicht rechtskräftig abgebrochen ist, ist die Vergabestelle aber auch nicht berechtigt, das darin enthaltene Recht, in Bezug auf die optionalen Standorte mitanzubieten, zu übergehen und Aufträge für diese Standorte freihändig direkt an die Zuschlagsempfängerin von Teillos 1.1 zu vergeben.

Soweit die Vergabestelle und (sinngemäss) auch die Vorinstanz also geltend machen, eine Ermächtigung der Vergabestelle, die Erschliessung weiterer Standorte in Auftrag zu geben, stehe nicht in Widerspruch zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2016, kann ihnen somit nicht gefolgt werden.



**1.5** Erstinstanzliche Verfügungen sind nicht streng nach ihrem Wortlaut, sondern es ist nach ihrem tatsächlichen rechtlichen Gehalt zu fragen (vgl. BGE 132 V 74 E. 2). Neben der Begründung ist diesbezüglich auch der ganze Kontext zu berücksichtigen.

**1.5.1** Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin beim Vorsteher des EFD eine Aufsichtsbeschwerde gegen die Vergabestelle eingereicht und verschiedene Aufsichtsmassnahmen beantragt. Aus der Begründung des angefochtenen Entscheids geht klar hervor, dass die Vorinstanz über diese Anträge entscheiden wollte. Auch das Dispositiv wird mit den Worten „Gestützt auf diese Ausführungen wird über die Anträge in der Aufsichtsbeschwerde wie folgt entschieden:“ eingeleitet. Hingegen geht aus Begründung nicht hervor, dass die Vorinstanz – der Rechtsdienst des Departements – die Absicht gehabt hätte, sich über den Grundsatz der Gewaltenteilung und der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 1736 ff.) hinwegzusetzen und wissentlich die durch das Urteil des Bundesverwaltungsgericht geschaffene Rechtslage abzuändern. Eine derartige Auslegung des – nicht ganz eindeutigen – Wortlauts von Dispositiv-Ziffer 2 ist daher nicht leichthin anzunehmen. Die Vorinstanz bestreitet denn auch in ihrer Vernehmlassung ausdrücklich, dass sie dies beabsichtigt habe.

**1.5.2** Die Vergabestelle ist ein Bundesamt der zentralen Bundesverwaltung und daher gegenüber dem zuständigen Departement weisungsgebunden (vgl. Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Bst. d der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]). Fallbezogene Weisungen einer vorgesetzten Behörde an die ihr unterstellte Behörde begründen, obwohl sie hoheitlich, einseitig und gegenüber den verwaltungsinternen Adressaten verbindlich und erzwingbar sind, nicht unmittelbar Rechte oder Pflichten des Bürgers und sind daher nicht Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG (vgl. BGE 136 I 323 E. 4.4; 121 II 473 2.b; FELIX UHLMANN in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 5 Rz. 103 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 41 Rz. 1 ff.; häfelin/müller/uhlmann, a.a.O., Rz. 874; Pierre Moor/Etienne poltier, Droit administratif, Bd. II, 3. Aufl. 2011, Rz. 2.1.2.3 S. 189 ff.; Benoît Bovay, Procédure administrative, 2. Aufl. 2015, S. 343 f.; André Grisel, Traité de droit administratif, 1984, Bd. II, S. 863; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 134).

Im vorliegenden Fall richtet sich die angefochtene Dispositiv-Ziffer 2 an die Vergabestelle, eine dem Departement unterstellte Behörde. Die Beschwerdeführerin hatte der vorgesetzten Behörde beantragt, der Vergabestelle aufsichtsrechtliche Weisungen zu erteilen; mit dem angefochtenen Entscheid wies die Vorinstanz diese Anträge der Beschwerdeführerin ab und brachte der Vergabestelle gegenüber zum Ausdruck, dass sie nicht beabsichtige, deren Verhalten Einhalt zu gebieten.

**1.5.3** Unter Berücksichtigung dieses Kontextes und der Begründung des angefochtenen Entscheids ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass auch Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids lediglich als Entscheid in einem Aufsichtsverfahren und damit um eine fallbezogene Weisung – bzw. um den Verzicht auf den Erlass einer derartigen Weisung – einer vorgesetzten Behörde an die ihr unterstellte Behörde einzustufen ist. Aus dieser Einstufung ergibt sich, dass die der Vergabestelle durch die Vorinstanz erteilte „Ermächtigung“ nur Auswirkungen im Innenverhältnis zwischen der Vorinstanz und der Vergabestelle zeitigen kann, nicht aber im Hinblick auf die objektiv fehlende Rechtmässigkeit des Vorgehens der Vergabestelle. Der angefochtene Entscheid regelt daher keine Rechte oder Pflichten der Beschwerdeführerin.

**1.6** Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, indem die Vorinstanz der Vergabestelle erlaube, eigenmächtig die Erschliessung weiterer Standorte in Auftrag zu geben, statt die durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts geforderte Verfügung zu erlassen, liege eine Rechtsverweigerung ihr gegenüber sowie eine Verletzung der Rechtsweggarantie vor. Sie, die Beschwerdeführerin, werde gezwungen, lite pendente die weitere Erschliessung von Standorten zu dulden, für welche sie den Zuschlag an sich selbst beanspruche. Dadurch werde ihr die Möglichkeit genommen, dass ihre Angelegenheit mit einer anfechtbaren Verfügung erledigt werde und im Fall einer



Ablehnung ihrer Anträge ein unabhängiges Gericht darüber entscheide. Dies stelle eine Rechtsverweigerung dar. Eine Rechtsverweigerung liege auch insofern vor, als sich die Vorinstanz über den verbindlichen Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts und dessen Erwägungen im Zwischenentscheid vom 17. Juni 2016 hinwegsetze. Damit würden auch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 EMRK verletzt. Dispositiv-Ziffer 2 sei daher als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren, weil sie die Verfahrensgrundrechte der Beschwerdeführerin unmittelbar einschränke.

**1.6.1** Voraussetzung für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist, dass der Rechtssuchende zuvor ein Begehren auf Erlass einer Verfügung bei der zuständigen Behörde gestellt hat und ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung besteht. Ein solcher Anspruch besteht dann, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und wenn andererseits die gesuchstellende Person Parteistellung beanspruchen kann (vgl. BVGE 2008/15 E. 3.2; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 359 f., Rz. 1306).

**1.6.2** Im vorliegenden Fall ist die Vergabestelle, wie dargelegt, ein Bundesamt der zentralen Bundesverwaltung und daher gegenüber dem zuständigen Departement weisungsgebunden, weshalb die Vorinstanz nicht gehalten war, allfällige Aufsichtsmaßnahmen gegenüber der Vergabestelle in Verfügungsform vorzunehmen.

**1.6.3** Was die Frage einer allfälligen Parteistellung der Beschwerdeführerin im vorliegend in Frage stehenden Aufsichtsverfahren betrifft, so bestimmt Art. 71 Abs. 2 VwVG, dass der Anzeiger, der eine Aufsichtsbeschwerde erhebt, nicht die Rechte einer Partei hat. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass derjenige, der bei einer Aufsichtsbehörde eine Anzeige erstattet oder ein aufsichtsrechtliches Vorgehen gegen einen Dritten verlangt, dadurch noch keine Parteistellung erwirbt (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3, BGE 135 II 145 E. 6.1, BGE 133 II 468 E. 2). Dass er "besonders berührt" bzw. – infolge einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache – stärker als die Allgemeinheit betroffen ist, genügt für sich allein nicht; zusätzlich ist ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3, BGE 135 II 145 E. 6.1, BGE 135 II 172 E. 2.1, BGE 134 II 120 E. 2.1), also ein aus der Sicht der Rechtspflege gewürdigt ausreichender Anlass dafür, dass die Gerichte der Verwaltungsrechtspflege sich mit der Sache befassen (vgl. Gygi, a.a.O., S. 153). Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popularbeschwerde oder zur Aufsichtsbeschwerde, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschafft; wo diese Grenze verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3, BGE 123 II 376 E. 5b/bb, m.H.). Wegleitend dafür sind namentlich einerseits die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z.B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen (vgl. BGE 132 II 250 E. 4.4), und andererseits das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3; Urteil des BGer 2C\_959/2014 vom 24. April 2015 E. 3.1; Urteil des BVGer A-1672/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 4.2, Urteil des BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 3.1).

Im vorliegenden Fall stehen der Beschwerdeführerin derartige Möglichkeiten, den angestrebten Erfolg zu erreichen, zur Verfügung. So könnte sie insbesondere gestützt auf Art. 25a VwVG von der Vergabestelle verlangen, die widerrechtlichen Handlungen zu unterlassen bzw. einzustellen, das heisst weitere Auftragsvergaben zu unterlassen, solange das Teillos 1.2 weder rechtskräftig zugeschlagen noch rechtskräftig abgebrochen ist. Würde die Vergabestelle diesem Ersuchen nicht nachkommen oder nicht fristgerecht darüber verfügen, stünde der Beschwerdeführerin der normale gerichtliche Rechtsweg zur Verfügung.

**1.6.4** Soweit die Beschwerdeführerin daher argumentiert, durch die Weigerung der Vorinstanz, die beantragten aufsichtsrechtlichen Massnahmen zu ergreifen, werde die Rechtsweggarantie verletzt, so dass sie legitimiert sei, den Entscheid der Vorinstanz mittels Rechtsverweigerungsbeschwerde anzufechten, kann ihr daher nicht gefolgt werden.



2.

Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid nicht als Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG einzustufen, weshalb auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht einzutreten ist.

3.

Bei diesem Ergebnis ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gegenstandslos geworden.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– entnommen und der Restbetrag von Fr. 5'000.– ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 414.1-019; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Die vorsitzende Richterin:

Eva Schneeberger

Die Gerichtsschreiberin:

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: 20. Dezember 2016