



Urteil vom 19. April 2024

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian,
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiberin Flurina Peerdeman.

Parteien

X. _____ GmbH,
vertreten durch
Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, und
Rechtsanwalt Dr. iur. Simon Osterwalder,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD,
Generalsekretariat, Rechtsdienst, Bundesgasse 3,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Staatshaftung; Rückweisung durch das Bundesgericht.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 21. Juni 2013 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP einen Dienstleistungsauftrag des Bundesamts für Informatik und Telekommunikation mit dem Projekttitel " (1342) 609 Datentransport" im offenen Verfahren aus. Der Beschaffungsgegenstand umfasste gemäss Aufgabenbeschreibung die Erschliessung und die Versorgung mit Managed Carrier-Ethernet-Diensten sowie optischen Diensten; er war in die Teillose 1.1 und 1.2 sowie Los 2 unterteilt. Betreffend die Teillose 1.1 und 1.2 war vorgesehen, dass zwei Zuschläge an zwei unterschiedliche Lieferanten erteilt werden, wovon der erste Zuschlagsempfänger 300, der zweite 100 Standorte innerhalb von zwei Jahren erschliessen muss. In Los 1 waren weitere optionale Standorte bis zu einem kumulierten Total von 1'400 (d.h. insgesamt 1'000 optionale Standorte) enthalten, die bis 2026 zu erschliessen waren. Bei Los 2 handelte es sich um ein rein optionales Los, d.h. die Vergabestelle behielt sich vor, die als Option definierten Leistungen ganz, teilweise oder gar nicht zu beziehen. Am 26. August 2013 unterbreiteten die X. _____ GmbH und die Y. _____ AG ein Angebot für Los 1.

A.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-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. Mit gleichem Beschluss beauftragte der Bundesrat das Eidgenössische Finanzdepartement, Firmen, welche diese Anforderungen nicht erfüllten, vom laufenden Beschaffungsverfahren für Datentransportleistungen auszuschliessen.

A.c In der Folge teilte die Vergabestelle der X. _____ GmbH am 5. Februar 2014 vorab telefonisch mit, dass sie aufgrund des Bundesratsbeschlusses vom 29. Januar 2014 als Lieferantin von Datentransportleistungen für die Bundesverwaltung nicht mehr infrage komme. Am selben Tag publizierte die Vergabestelle auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 807149), dass sie den Zuschlag für das Teillos 1.1 an die Y. _____ AG zum Preis von Fr. 229'316'371.-- erteilt habe. 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. Gleichzeitig 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.

B.

B.a Am 25. Februar 2014 erhob die X. _____ GmbH gegen diese Verfügungen der Vergabestelle Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-998/2014). Sie beantragte, der Zuschlag 1.1 aus dem Los 1, eventualiter der Zuschlag 1.2 aus dem Los 1 sei ihr zu erteilen, sowie, der Abbruch der Ausschreibung für das Los 2 sei aufzuheben und es seien die Zuschläge aufgrund der Akten zu erteilen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie, es seien sämtliche für den Entscheid der vorliegenden Rechtsbehörden relevanten Verfahrensakten beizuziehen.

B.b Mit superprovisorischer Anordnung vom 27. Februar 2014 untersagte die Instruktionsrichterin der Vergabestelle alle Vollzugsvorkehrungen. Mit Verfügung vom 21. August 2014 stellte die Instruktionsrichterin fest, dass – infolge des Teilrückzugs der Beschwerde – die mit Verfügung vom 27. Februar 2014 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde in Bezug auf die 300 Standorte des Loseils 1.1 dahingefallen sei. Daraufhin schloss die Vergabestelle am 2. September 2014 mit der Y. _____ AG einen Rahmenvertrag für das Teillos 1.1 (Erschliessung von 300 Standorten innerhalb von zwei Jahren). Mit Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde der X. _____ GmbH die aufschiebende Wirkung.

B.c Mit Verfügung vom 12. November 2014 ordnete die Vergabestelle den definitiven Abbruch des Vergabeverfahrens Projekt Nr. (1342) 609 Datentransport hinsichtlich des Teillostes 1.2 an, was die X. _____ GmbH mit Beschwerde vom 8. Dezember 2014 anfocht (Verfahren B-7133/2014). Das Bundesverwaltungsgericht hiess diese Beschwerde mit Urteil B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 gut und hob die angefochtene Verfügung

auf. Die Vergabestelle sei aufgrund des Devolutiveffekts nicht befugt gewesen, pendente lite eine derartige Verfügung zu erlassen. Auf die dagegen erhobene Beschwerde der Vergabestelle trat das Bundesgericht mit Urteil 2C_553/2015 vom 26. November 2015 nicht ein.

B.d In der Folge nahm das Bundesverwaltungsgericht das zwischenzeitlich sistierte Hauptverfahren B-998/2014 wieder auf (vorstehend Bst. B.a). Mit Eingabe vom 8. Juni 2016 teilte die Vergabestelle mit, dass seit dem Abschluss des Rahmenvertrags mit der Y. _____ AG für das Teillos 1.1 die 300 initialen Standorte erschlossen worden seien. Als Folge neuer Aufgaben und neuer Anwendungen 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 Beschwerdeverfahrens die Erschliessung von 100 Standorten vorerst zurückgehalten, da diese Reststandorte allenfalls potenziell für das Teillos 1.2 in Frage kommen könnten. Aufgrund der laufenden Projekte und der mit Nachdruck angemeldeten Bedürfnisse diverser Bundesstellen lasse sich die Reservierung von 100 Reststandorten für eine potenzielle 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.

B.e Mit superprovisorischer Anordnung vom 17. Juni 2016 verbot das Bundesverwaltungsgericht den zuständigen Organen der Vergabestelle unter Androhung von Strafe nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) die Erschliessung von Standorten, welche Gegenstand des Zwischenentscheids vom 6. Oktober 2014 seien, in Auftrag zu geben bzw. diesbezüglich Verträge abzuschliessen. Ein Wiedererwägungsgesuch der Vergabestelle wies das Bundesverwaltungsgericht am 7. Juli 2016 ab, soweit es darauf eintrat.

B.f Mit Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der X. _____ GmbH vom 25. Februar 2014

teilweise gut. Es stellte fest, dass der in der Verfügung der Vergabestelle implizierte Ausschluss der X. _____ GmbH betreffend Teillos 1.2 rechtswidrig gewesen sei. Es hob die Verfügung der Vergabestelle betreffend Teillos 1.2 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück:

Das Bundesverwaltungsgericht erwog, die Vergabestelle habe der Beschwerdeführerin zu Unrecht die Eignung abgesprochen, da diese die in der Ausschreibung verlangten Nachweise erbracht habe. Erst in der Folge des Bundesratsbeschlusses vom 29. Januar 2014 sei sie als ungeeignet eingestuft worden, was gegen Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB, AS 1996 508 ff.) bzw. den Transparenzgrundsatz verstosse. Es sei fraglich, ob die Anordnung des Bundesrats verhältnismässig gewesen sei oder ob nicht die Anforderungen an die Datensicherheit und Geheimhaltung auch durch mildere Eignungsanforderungen, wie beispielsweise mit einer "No-Spy"-Erklärung und entsprechenden Belegen, hätten erfüllt werden können. Vor einer Umsetzung der bundesrätlichen Anordnung hätte jedenfalls geprüft werden müssen, ob die Beschwerdeführerin nicht allenfalls Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die Eignungskriterien und Schadloshaltung der gestützt darauf getroffenen nachteiligen Dispositionen gehabt hätte. Selbst wenn indessen davon ausgegangen würde, dass die Anforderungen nicht mit einer "No-Spy"-Erklärung und entsprechenden Belegen hätten erfüllt werden können 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. 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 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) den Ausschluss der Beschwerdeführerin anzuordnen, weshalb die gestützt auf diese Anordnung erfolgte Ausschlussverfügung in Bezug auf das Teillos 1.2 rechtmässig sei, könne daher nicht gefolgt werden. Im wiederaufzunehmenden Verfahren werde die Vergabestelle zu prüfen haben, ob sie den Bundesrat um Ermächtigung ersuchen wolle, seine Anordnung in Bezug auf die Eignungskriterien so zu modifizieren, dass sie der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten könne, den Nachweis zu erbringen, dass sie die Anforderungen an die Datensicherheit und

Geheimhaltung erfülle, insbesondere etwa durch eine "No-Spy"-Erklärung, oder ob sie das Verfahren in Bezug auf das Teillos 1.2 in einer Art und Weise abbrechen wolle, welche dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung trage.

C.

Mit Eingabe vom 21. Juli 2016 reichte die X. _____ GmbH eine Aufsichtsbeschwerde beim Vorsteher des Eidgenössischen Finanzdepartements ein und beantragte, es sei der Vergabestelle zu untersagen, weitere Standorte durch die Zuschlagsempfängerin erschliessen zu lassen. Der Rechtsdienst des Generalsekretariats des Eidgenössischen Finanzdepartements kam diesem Antrag der Beschwerdeführerin nicht nach, sondern teilte der Vergabestelle mit, sie werde ermächtigt, im Rahmen des rechtskräftigen Zuschlags von Teillos 1.1 weitere Standorte zu erschliessen. Zur Begründung führte er aus, die Vergabestelle habe mit dem rechtskräftigen Zuschlag im Teillos 1.1 das Recht erhalten, mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag über die Erschliessung von 300 Standorten sowie optional weiteren 1'000 Standorten zu schliessen. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde der X. _____ GmbH trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-6737/2016 vom 19. Dezember 2016 nicht ein, weil keine Verfügung im Rechtssinne vorgelegen habe.

D.

D.a Am 23. Dezember 2016 stellte die X. _____ GmbH bei der Vergabestelle ein Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung gemäss Art. 25a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) und verlangte, dass eine weitere, über die 300 Initialstandorte des Teilloses 1.1 hinausreichende Erschliessung zu unterlassen sei. Ferner verlangte sie eine Liste der Standorte, welche ursprünglich dem Teillos 1.2 zugeordnet worden sind, sowie eine Liste derjenigen optionalen Standorte, welche von der Vergabestelle seit dem Abschluss des Vertrages mit der Y. _____ AG trotz hängigem Vergabeverfahren erschlossen worden sind.

D.b Die Vergabestelle erliess darauf am 2. Februar 2017 eine Abbruchverfügung, wonach das Vergabeverfahren Projekt Nr. (1342) 609 Datentransport hinsichtlich Teillos 1.2 definitiv abgebrochen werde. Die Vergabestelle legte dar, mit dieser Abbruchverfügung sei dem Begehren der Beschwerdeführerin auf Erlass einer Verfügung entsprochen. Der Abbruch habe zur

Folge, dass trotz rechtsgültigem Beschaffungsvertrag keine weitere Bestellung von Leistungen aus dem Projekt mehr getätigt werde. Die Vergabestelle nehme umgehend die Vorbereitung eines neuen Beschaffungsverfahrens an die Hand, um den weiterhin dringenden Bedarf an Datentransportleistungen zeitnah decken zu können. Mit Blick auf die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016, wonach der seinerzeitige Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht rechtmässig erfolgt sei, stehe es dieser sodann frei, ein Schadenersatzbegehren gemäss Art. 35 aBöB einzureichen.

D.c Mit Eingabe vom 27. Februar 2017 erhob die X. _____ GmbH Beschwerde gegen die Abbruchverfügung (Verfahren B-1284/2017). Soweit es darauf eintrat, wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde mit Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 und folgender Begründung ab:

Laut Bundesverwaltungsgericht sei der verfügte Abbruch eher nicht definitiv, sondern provisorisch. Es habe bereits in seinem Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 den Abbruch des Verfahrens als eine mögliche Option bezeichnet und sei an sein damaliges Rückweisungsurteil gebunden. Die im Rückweisungsurteil enthaltene Auflage, dass bei einem Verfahrensabbruch dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekannt gegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung getragen werden müsse, brauche nicht vor dem Abbruch erfüllt zu sein. Die angefochtene Abbruchverfügung sei daher nicht zu beanstanden. Welche Standorte des ursprünglichen Teilloses 1.2 und der 1'000 optionalen Standorte bereits erschlossen seien, sei ohne Relevanz für die Frage, ob die Abbruchverfügung rechtmässig sei; das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin sei insoweit abzuweisen oder gegenstandslos. Es verbiete sich, nur der Beschwerdeführerin im Hinblick auf ein allfälliges neues Verfahren derartige Zusatzinformationen zu geben. Schliesslich sei die Einsicht in diese Akten auch nicht nötig im Hinblick auf ein allfälliges Haftungsverfahren. Dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin rechtswidrig gewesen sei, habe das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 festgestellt. Über die Akteneinsicht zum Zweck der Substanziierung des Schadens wäre durch die für das Haftungsverfahren zuständige Erstinstanz zu verfügen.

D.d Auf die dagegen erhobene Beschwerde der X. _____ GmbH trat das Bundesgericht mit Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 mangels Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung nicht ein. Im Rahmen seiner Erwägungen zur Kostenverlegung wies das Bundesgericht allerdings

darauf hin, dass es sich rechtfertige, die Verfahrenskosten der obsiegenden Vergabestelle aufzuerlegen. Diese habe entgegen der vom Bundesverwaltungsgericht am 6. Oktober 2014 erteilten aufschiebenden Wirkung und vor dem ordnungsgemässen Abschluss des Vergabeverfahrens für einen Teil der verfahrensgegenständlichen optionalen Standorte den Zuschlag an die Y._____ AG erteilt und damit die Interventionen der Beschwerdeführerin vom 21. Juli 2016 und vom 23. Dezember 2016 provoziert, in deren Folge sie alsdann das Verfahren abgebrochen habe. Es bestünden damit wesentliche Indizien für einen rechtsmissbräuchlichen Verfahrensabbruch. Wäre auf die Beschwerde einzutreten, so wäre diese mit erheblicher Wahrscheinlichkeit gutzuheissen gewesen.

D.e Nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens schrieb die Vergabestelle das strittige Projekt nicht mehr neu aus.

E.

E.a Mit Eingabe vom 6. Juni 2017 reichte die X._____ GmbH beim Eidgenössischen Finanzdepartement ein Schadenersatzgesuch mit folgenden Rechtsbegehren ein:

- "1. Es sei der Gesuchstellerin Schadenersatz in der Form von entgangenem Gewinn mindestens im Umfang von Fr. 13'420'340.-- zu bezahlen, zuzüglich 5 % Schadenszins seit 8. Juni 2016 unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts.
2. Es sei der Gesuchstellerin eventualiter Schadenersatz in der Form des negativen Interesses mindestens im Umfang von Fr. 654'534.93 zu bezahlen, zuzüglich 5 % Schadenszins seit 8. Juli 2016 unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts.
3. Es sei betreffend das Rechtsbegehren Nr. 1, eventualiter betreffend das Rechtsbegehren Nr. 2, eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG zu erlassen.
4. Es sei zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes und Substanziierung des Schadenersatzbegehrens der Gesuchsgegner aufzufordern, sämtliche Beweismittel herauszugeben. Namentlich sei der Gesuchsgegner im Projekt (1342) 609 Datentransport Lose 1+2, SIMAP-Meldenummer 807149 und 807153, SIMAP-Projekt.ID 100648 zu verpflichten, unter Angabe der genauen Adressdaten (Strasse, Nummer, PLZ, Ort, etc.) aufzulisten, a) welche Standorte der Bundesverwaltung seit dem Abschluss des Vertrages mit der Y._____ AG am 5. September 2014 von dieser im Auftrag des Gesuchsgegners per Datum der Verfügung des Gesuchsgegners vom 2. Februar 2017 erschlossen worden sind, und b) welche der Standorte der Bundesverwaltung per Datum der Verfügung des Gesuchsgegners vom 2. Februar 2017 von dem Gesuchsgegner und der Y._____ AG

noch nicht erschlossen worden sind; es seien der Gesuchstellerin diese beiden Listen zur Einsichtnahme zuzustellen und eine angemessene Frist zur Stellungnahme bzw. zur Ergänzung des Gesuchs und allfälligen Berichtigung des Schadenersatzbegehrens anzusetzen."

Ihre Begehren stützte die X. _____ GmbH auf Art. 3 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32), auf Art. 34 f. aBöB sowie auf den Vertrauensschutz. Im Wesentlichen machte sie geltend, die Vergabestelle habe mehr Standorte erschlossen, als sie gemäss prozessualer Ausgangslage hätte erschliessen dürfen. Ihr Ausschluss vom Vergabeverfahren sei zudem widerrechtlich gewesen, wie das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 festgestellt habe. Schliesslich habe die Vergabestelle es unterlassen, die erforderlichen Abklärungen mit Blick auf die geplante Ausschreibung zu tätigen.

E.b Mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 wies das Eidgenössische Finanzdepartement sowohl das Schadenersatzgesuch als auch den Editionsantrag der X. _____ GmbH ab. In der Begründung führte es aus, dass die entsprechenden Haftungsvoraussetzungen bei allen angerufenen Anspruchsgrundlagen nicht erfüllt seien. Die Abweisung des Rechtsbegehrens 1 (Begehren um entgangenen Gewinn) habe zudem zur Folge, dass auch der Editionsantrag gemäss Rechtsbegehren 4 abzuweisen sei. Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.-- seien der X. _____ GmbH aufzuerlegen.

E.c Gegen diese Verfügung erhob die X. _____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 3. Februar 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

E.d Mit Urteil A-670/2020 vom 6. Januar 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab. Es erwog, betreffend die im Hauptbegehren geltend gemachten Schadenersatzansprüche (entgangener Gewinn gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG) fehle es schon an der Voraussetzung der natürlichen Kausalität. Aus demselben Grund sei zudem ein Anspruch auf Ersatz der Offertkosten gestützt auf Art. 34 Abs. 1 aBöB zu verneinen. Schliesslich falle mangels Verletzung einer Schutznorm auch ein Haftungsanspruch in Form des negativen Interesses gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG ausser Betracht. Die Verfahrenskosten von Fr. 15'000.-- seien der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen und es sei ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

E.e Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 21. Februar 2022 gelangte die Beschwerdeführerin ans Bundesgericht. Sie verlangte, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-670/2020 vom 6. Januar 2022 sei aufzuheben und die mit dem Schadenersatzbegehren vom 6. Juni 2017 eingereichten Rechtsbegehren seien gutzuheissen: Es sei der Beschwerdeführerin Schadenersatz in der Form von entgangenem Gewinn mindestens im Umfang von Fr. 13'420'340.-- zu bezahlen; eventualiter sei ihr Schadenersatz in der Form des negativen Interesses im Umfang von mindestens Fr. 654'534.93.-- zu bezahlen (beides zuzüglich 5 % Schadenszins seit 8. Juni 2016 und unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts). Subeventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz bzw. an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen und diese unter Gewährung des rechtlichen Gehörs zu verpflichten, zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und Substanziierung des Schadenersatzbegehrens sämtliche Beweismittel herauszugeben. Zudem sei die Vergabestelle zu verpflichten, aufzulisten, welche Standorte des Teilloses 1.2 seit dem Abschluss des Vertrages mit der Y. _____ AG am 5. September 2014 von dieser erschlossen worden sind, sowie offenzulegen, betreffend wie vieler Standorte des Teilloses 1.2 per 2. Februar 2017 eine Vereinbarung zur Erschliessung mit der Y. _____ AG bestand, und welche dieser Standorte bis zum Zeitpunkt der hier verlangten Offenlegung von der Y. _____ AG bereits erschlossen worden sind; die Vergabestelle sei ebenfalls zu verpflichten, aufzulisten, welche der 100 Initialstandorte des Teilloses 1.2 per Datum ihrer Verfügung vom 2. Februar 2017 noch nicht erschlossen worden sind.

E.f Mit Urteil 2C_176/2022 vom 7. Februar 2024 hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut. In Aufhebung des Urteils A-670/2020 vom 6. Januar 2022 wurde die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen.

Das Bundesgericht legte zusammengefasst dar, die Beschwerdeführerin könne ihr Schadenersatzgesuch nicht auf Art. 34 Abs. 1 aBöB stützen. Sie könne sich sodann zwar auf Art. 3 Abs. 1 VG berufen, jedoch keinen entgangenen Gewinn – entsprechend ihrem Hauptantrag – verlangen. Hingegen erweise sich die Beschwerde betreffend den Eventualantrag als begründet: Die Beschwerdeführerin habe gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG grundsätzlich Anspruch auf Schadenersatz für ihre nutzlos gewordenen Aufwendungen. Zum geltend gemachten Schaden habe sich das Bundesverwaltungsgericht bisher nicht ausgesprochen; dazu könne sich daher auch das Bundesgericht nicht äussern. Entsprechend sei die Beschwerde im Sinne

der Erwägungen teilweise gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen. Im Übrigen werde die Beschwerde abgewiesen. Auch die mit einer Rückweisung verbundenen Anträge der Beschwerdeführerin, es seien ihr sämtliche Beweismittel sowie eine Auflistung der erschlossenen Standorte herauszugeben, seien abzuweisen; sie erwiesen sich in Bezug auf das Eventualbegehren nicht als erheblich. Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens seien nach Massgabe des Unterliegerprinzips zu verteilen. Die Verfahrenskosten von Fr. 40'000.-- seien zu 90 % der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und es sei ihr eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- auszurichten.

F.

Das Bundesverwaltungsgericht nimmt das Verfahren unter der Geschäftsnummer A-1916/2024 wieder auf.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Verfahren ist aufgrund der Rückweisung durch das Bundesgericht ohne Weiteres gegeben. Im Folgenden ist zunächst darauf einzugehen, wie nach dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts weiter vorzugehen ist. Anschliessend sind die Kosten für das vorangegangene Verfahren A-670/2020 neu zu verlegen und es ist über die Parteientschädigung neu zu befinden.

2.

2.1 Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Beschwerdeführerin teilweise gut. Es hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurück. Konkret ist der Schadenersatz neu zu beurteilen, der im Eventualbegehren der Beschwerdeführerin für die nutzlos gewordenen Aufwendungen geltend gemacht wird. Im Übrigen wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine Rückweisung ist als Ausnahme

namentlich dann angezeigt, wenn die Vorinstanz das Vorliegen eines Tatbestandselements zu Unrecht verneint und die anderen Elemente deshalb gar nicht geprüft hat oder wenn eine aufwendigere Beweiserhebung nachgeholt werden muss. Vorinstanzen sind mit den Verhältnissen besser vertraut und aufgrund ihrer funktionellen und instrumentellen Ausstattung in der Regel besser in der Lage, die erforderlichen Abklärungen durchzuführen. Zudem bleibt der betroffenen Partei dergestalt der gesetzlich vorgesehene Instanzenzug erhalten (vgl. Urteile des BVGer A-4354/2020 vom 21. September 2020 E. 4.1 und A-5523/2015 vom 31. August 2016 E. 3.3.1; MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.193 ff.; je mit weiteren Hinweisen)

2.3 Vorliegend erachtet das Bundesverwaltungsgericht es – trotz der langen Verfahrensdauer – als geboten, die Sache an das Eidgenössische Finanzdepartement (nachfolgend: Vorinstanz) zur Neu Beurteilung zurückzuweisen. Erstens ist zu berücksichtigen, dass sich die Vorinstanz mit dem geltend gemachten Schaden der Beschwerdeführerin noch gar nicht befasst hat. In der angefochtenen Verfügung vom 19. Dezember 2019 bestand keine Veranlassung, dieses Element zu prüfen. Zweitens lässt sich der geltend gemachte Schaden nicht ohne Weiteres ermitteln, sondern es stellen sich komplexe Fragen tatsächlicher und rechtlicher Natur. Die Vorinstanz verfügt in diesem Bereich über ausgewiesene Fachkenntnisse, wohingegen das Bundesverwaltungsgericht als gerichtliche Instanz für die Überprüfung eines solchen Entscheides zuständig ist. Die Rückweisung dient damit dem Erhalt des Instanzenzuges. Das gewählte Vorgehen läuft auch dem Entscheid des Bundesgerichts nicht zuwider, liegen seiner Rückweisung doch ähnliche Überlegungen zur Wahrung des Instanzenzuges zu Grunde (vgl. E. 9 des Bundesgerichtsurteils).

2.4 Die Sache ist somit zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Neben der Beurteilung des Schadens wird sie auch über die Verlegung ihrer Verfahrenskosten neu zu befinden haben.

3.

3.1 Für das vorangegangene Verfahren A-670/2020 sind schliesslich die Verfahrenskosten neu zu verlegen und über die Parteientschädigung neu zu entscheiden.

3.2

3.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid mit noch offenem Ausgang gilt praxismässig als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (vgl. BGE 137 V 210 E. 7.1). Keine Verfahrenskosten zu tragen hat die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

3.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht setzte im Urteil A-670/2020 die Verfahrenskosten auf Fr. 15'000.-- fest. Von diesem im bundesgerichtlichen Verfahren unbestritten gebliebenen Betrag ist auch bei der Neuverlegung der Kosten auszugehen. Vorliegend besteht sodann kein Anlass, eine andere Kostenverteilung vorzunehmen als das Bundesgericht. Der Streitgegenstand war vor beiden Gerichten identisch und hinsichtlich der Kostentragung gelangt derselbe Grundsatz – die Kostenverteilung gemäss dem Unterliegerprinzip – zur Anwendung. Gemäss dem Bundesgerichtsurteil gilt die Beschwerdeführerin aufgrund der Rückweisung als zu 10 % obsiegend. Im Übrigen unterliegt sie zu 90 %. Für das vorangegangene Verfahren A-670/2020 sind der Beschwerdeführerin somit Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 13'500.-- (90 % von Fr. 15'000.--) zur Bezahlung aufzuerlegen.

3.3

3.3.1 Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Bei nur teilweisem Obsiegen ist die Entschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), wobei das Ausmass von Obsiegen und Unterliegen nach denselben Grundsätzen wie bei der Verlegung der Verfahrenskosten zu bestimmen ist (vgl. Urteil des BGer 2C_478/2014 vom 25. März 2015 E. 2.5). Nach Art. 10 Abs. 2 VGKE beträgt der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.-- und höchstens Fr. 400.--. Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Parteikosten gelten als notwendig, wenn sie zur sachgerechten

und wirksamen Rechtsverfolgung oder -verteidigung unerlässlich erscheinen (vgl. BGE 131 II 200 E. 7.2). Bei der Beurteilung, ob die geltend gemachten Kosten notwendig sind, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Neben der Komplexität der Streitsache ist etwa in Betracht zu ziehen, ob der Rechtsvertretung die Sach- und Rechtslage bereits bekannt war. Gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die Kostennote zu reduzieren ist, kürzt es sie in pauschaler Weise ohne einlässliche Berechnung (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-644/2020 vom 24. Juni 2020 E. 3.2.5 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

3.3.2 Die Beschwerdeführerin legte im Verfahren A-670/2020 eine Kostennote über Fr. 77'485.-- ins Recht, die sich aus einem Honorar von Fr. 69'655.70.-- (176.63 Stunden bei einem Stundenansatz zwischen Fr. 350.-- und Fr. 480.--), einer Kleinkostenpauschale von Fr. 2'089.67 und der Mehrwertsteuer von Fr. 5'739.63 zusammensetzte.

Der Kostennote kann indes nicht vollständig gefolgt werden. Denn darin wird ein Stundenansatz bis zu Fr. 480.-- geltend gemacht, der sich über dem gesetzlichen Rahmen von Fr. 400.-- bewegt. Was den zeitlichen Aufwand betrifft, so wurde zwar ein mehrfacher Schriftenwechsel durchgeführt und es waren anspruchsvolle Streitfragen zu klären, jedoch war der Rechtsvertretung die Sach- und Rechtslage vom vorinstanzlichen Verfahren und teilweise auch von den vorherigen Rechtsmittelverfahren her bereits bekannt. Der ausgewiesene Aufwand von 176.63 Stunden erweist sich daher nicht in dieser Höhe als notwendig. Des Weiteren bestehen auch keine besonderen Verhältnisse, die eine Spesenpauschale rechtfertigen würden (vgl. Art. 11 Abs. 3 VGKE). Da die Beschwerdeführerin vorsteuerabzugsberechtigt ist, kommt auch kein Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE hinzu. Die Parteientschädigung ist deshalb insgesamt ermessensweise aufgrund der Akten festzusetzen. In Anbetracht des mutmasslich notwendigen Aufwands sowie der unbestreitbaren Komplexität erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 50'000.-- als angemessen. Im Umfang ihres teilweisen Obsiegens von 10 % ist der Beschwerdeführerin somit für das vorangegangene Verfahren A-670/2020 eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- zuzusprechen und der Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen.

4.

Für das vorliegende Verfahren sind keine Kosten zu erheben (Art. 6 Bst. b VGKE) und keine Parteienschädigungen zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario sowie Art. 7 VGKE).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Für das Verfahren A-670/2020 werden der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten von Fr. 13'500.-- auferlegt. Der Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 15'000.-- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'500.-- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Für das Verfahren A-670/2020 wird der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- zugesprochen. Diese ist ihr von der Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

4.

Für das vorliegende Verfahren werden keine Verfahrenskosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Jürg Marcel Tiefenthal

Flurina Peerdeman

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Staatshaftung können beim Bundesgericht angefochten werden, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 85 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheides beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift 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: