



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-998/2014
sce/grb

Zwischenverfügung vom 7. Juli 2016

In der Beschwerdesache

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 Trüb und lic. iur. Micha Bühler,
Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236,
8034 Zürich,
Vergabestelle,

Gegenstand

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

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 8. Juni 2016 mitgeteilt hat, dass sie seit dem Vertragsabschluss 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,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. Juni 2016 unter anderem beantragt, es sei der Vergabestelle unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) gegenüber den Amtsverantwortlichen superprovisorisch und danach provisorisch zu untersagen, weitere Standorte zu erschliessen,

dass die Instruktionsrichterin den zuständigen Organen der Vergabestelle mit superprovisorischer Verfügung vom 17. Juni 2016 unter Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB zurzeit verboten hat, die Erschliessung von Standorten, welche Gegenstand des Zwischenentscheids vom 6. Oktober 2014 sind, in Auftrag zu geben bzw. diesbezüglich Verträge abzuschliessen,

dass die Vergabestelle mit Gesuch vom 24. Juni 2016 beantragt, die superprovisorisch verfügte Massnahme sei in Widererwägung zu ziehen und ersatzlos aufzuheben,

dass sie zur Begründung ausführt, dass der Zuschlag für das Teillos 1.1 in formelle Rechtskraft erwachsen sei,

dass dieses Teillos 1.1 einen Grundauftrag sowie optionale Aufträge umfasse,

dass die Vergabestelle dementsprechend am 2. September 2014 einen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 abgeschlossen habe,

dass sie daher gestützt auf den rechtsgültigen Vertrag zum Abruf optionaler Leistungen befugt sei,

dass der Vorwurf, sie setze sich über Anordnungen des Gerichts hinweg, schlicht haltlos sei,

dass das vorsorgliche Verbot vom 17. Juni 2016 nicht nur ohne Anhörung der Vergabestelle erlassen worden sei, sondern auch in ein privatrechtliches Rechtsverhältnis eingreife, wozu das Bundesverwaltungsgericht nicht zuständig sei,

dass die Vergabestelle weiter ausführt, weder könne ein Anbieter aus dem Zuschlag einen Anspruch auf Vertragsschluss ableiten, noch verfüge ein Beschwerdeführer im Fall einer Gutheissung seiner Beschwerde über einen klagbaren Anspruch auf Abschluss eines Beschaffungsvertrags, weshalb die verfügte Massnahme unzulässigerweise über den Streitgegenstand hinaus reiche und der Beschwerdeführerin mehr Rechte verschaffe, als sie im Fall eines Zuschlags zu erwirken vermöchte,

dass die Vergabestelle überdies unter Verweis auf BGE 124 III 170 E. 6 bemängelt, die Strafandrohung an Behörden und Beamte sei unzulässig,

dass sie weiter argumentiert, das vorsorgliche Verbot verletze auch deshalb materielles Recht, weil der Gegenstand der Verfügung unklar sei,

dass die Vergabestelle im Weiteren geltend macht, dass verschiedene Dienststellen aufgrund des bei der Breitbanderschliessung bestehenden Versorgungsnotstands ihre Aufgaben nicht mehr erbringen können würden, wenn die Erschliessung der letzten 100 Standorte durch die Beschwerdeführerin weiterhin blockiert werde,

dass Strafandrohungen nach Art. 292 StGB zwar nicht mit behördeninternen Verhaltensanweisungen, wohl aber mit Verfügungen verbunden werden können, welche eine Rechtsmittelinstanz gegenüber Mitgliedern anderer Behörden erlässt (vgl. Urteil des BGer 5A_498/2008 vom 19. November 2008 E. 4.3.3; CHRISTOF RIEDO/BARBARA BONER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II, Basler Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 292 N. 77),

dass ein Bundesamt als Vergabestelle nicht als Behörde hoheitlich tätig wird, sondern als regulierungsbedürftiger Wirtschaftsakteur, weshalb nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts bei konkreten Anzeichen von Ungehorsam gegen eine Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB verfügt werden kann (vgl. Zwischenverfügung vom 24. Juli 2009, erwähnt im Sachverhalt des Zwischenentscheids des BVGer B-4657/2009 vom 6. August 2009; MARC STEINER, Die Durchsetzung von Verfügungen nach schweizerischem Verwaltungsrecht, Jusletter 8. Februar 2016 Fn. 26),

dass der Vergabestelle mit Zwischenverfügung vom 17. Juni 2016 nichts verboten wurde, was ihr nicht bereits mit Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014 untersagt wurde,

dass die Vergabestelle selbst in ihrer Eingabe vom 8. Juni 2016 ausgeführt hat, dass sie seit dem Vertragsabschluss 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,

dass diese Ausführungen den dringenden Verdacht nahelegen, dass die Vergabestelle Verträge abschliesse, die einen allfälligen Zuschlag des Teilloses 1.2. an die Beschwerdeführerin präjudizierten, indem sie Leistungen betreffen, die Gegenstand (auch) dieses Teilloses 1.2 sind,

dass dies der Vergabestelle durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für das Teillos 1.2 ausdrücklich untersagt worden ist,

dass es sich daher bereits allein aufgrund der Ausführungen der Vergabestelle selbst in ihrer Eingabe vom 8. Juni 2016 aufdrängte, ihr dies unter Strafandrohung in Erinnerung zu rufen, weshalb eine weitere Gewährung des rechtlichen Gehörs nach der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 16. Juni 2016 nicht erforderlich war,

dass die Vergabestelle in ihrem Wiedererwägungsgesuch vom 24. Juni 2016 nun behauptet, der Vorwurf, sie setze sich über Anordnungen des Gerichts hinweg, sei haltlos,

dass, solange die Vergabestelle bzw. ihre Organe sich an die Anordnung des Bundesverwaltungsgericht halten, daher nicht ersichtlich ist, inwiefern sie durch die in Frage stehende Strafandrohung belastet sein sollten,

dass die Vergabestelle bisher kein Wiedererwägungsgesuch in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014 gestellt hat, weshalb auf ihre Ausführungen zur Dringlichkeit der Erschliessung von Standorten, welche Gegenstand (auch) des Teilloses 1.2 sind, nicht weiter einzugehen ist, zumal ohnehin demnächst mit dem Urteil zu rechnen ist.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch um Wiedererwägung der Zwischenverfügung vom 17. Juni 2016 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; A-Post, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Meldungsnummern 807149 und 807153, Rechtsvertreter; Einschreiben, vorab per Fax)

Die Instruktionsrichterin:

Eva Schneeberger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Zwischenverfügung 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), soweit sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a 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: 7. Juli 2016