

BVGer A-670/2020 vom 6. Januar 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-01-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-670_2020

FR: TAF A-670/2020 du 6 janvier 2022

IT: TAF A-670/2020 del 6 gennaio 2022

Regeste

Staatshaftung (Bund)

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der angefochtene Entscheid stellt eine solche Verfügung dar. Das EFD gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG, Art. 10 Abs. 1 VG und Art. 35 Abs. 2 aBöB). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Verfügung, mit der ihr Schadenersatzbegehren abgewiesen worden ist, zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

E. 2

Die vorliegende Beschwerde umfasst ein Haupt- sowie ein Eventualbegehren. Nach einer einleitenden Darstellung der relevanten Rechtsgrundlagen (E. 3 f.) und Klärung der formellen Anträge bzw. Rügen der Beschwerdeführerin (E. 6 f.) ist zuerst über das Hauptbegehren zu befinden (E. 8 ff.). Anschliessend ist auf das Eventualbegehren im Einzelnen einzugehen. Zu prüfen ist mithin, ob der Beschwerdeführerin Schadenersatz nach dem öffentlichen Beschaffungsrecht (E. 12 ff.) resp. nach dem Vertrauensschutz zusteht (E. 16 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet darüber grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger und unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehlern bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG). Rechtsgrundlagen Verantwortlichkeitsgesetz

E. 3.1

Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet die Schweizerische Eidgenossenschaft gemäss Art. 3 Abs. 1 VG ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Daraus ergeben sich die folgenden, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen für eine Schadenersatzpflicht: Ein (quantifizierter) Schaden, das Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden sowie die Widerrechtlichkeit des Verhaltens. Die besonderen Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse bleiben vorbehalten (Art. 3 Abs. 2 VG). Die Haftung des Bundes erlischt, wenn das Begehren nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens von der geschädigten Person eingereicht wird, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tag der schädigenden Handlung des Beamten (Art. 20 Abs. 1 VG). Begehren auf Schadenersatz sind dem EFD einzureichen (Art. 20 Abs. 2 VG). Dieses entscheidet in der Regel auch über die streitigen Ansprüche, wobei es vorgängig eine Vernehmlassung der Amtsstelle einholt, in deren Geschäftsbereich sich der anspruchsbegründende Sachverhalt ereignet hat (Art. 10 Abs. 1 VG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz vom 30. Dezember 1958 [SR 170.321, nachfolgend: Verordnung VG]).

E. 3.2.1

Die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG unterscheidet sich grundsätzlich nicht von jener gemäss Art. 41 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Sie ist entsprechend gegeben, wenn entweder ein absolutes Recht der geschädigten Person beeinträchtigt (sog. Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (sog. Verhaltensunrecht). Das Vermögen als solches ist nicht wie ein absolutes Recht geschützt, seine Schädigung für sich allein somit nicht widerrechtlich. Sie ist es nur, wenn sie auf ein Verhalten zurückgeht, das von der Rechtsordnung als solches und somit unabhängig von seiner Wirkung auf das Vermögen verpönt wird. Eine widerrechtliche Vermögensschädigung liegt mit anderen Worten nur dann vor, wenn gegen eine Rechtsnorm verstossen wird, die dem Schutz der geschädigten Vermögenswerte zu dienen bestimmt ist (sog. Schutznorm). Dabei ist zwischen dem Zweck einer Norm und seiner Wirkung zu unterscheiden. Für die Annahme einer Schutznorm genügt es nicht, dass eine Bestimmung eine Schutzwirkung entfaltet. Die Wirkung muss vielmehr auf einer entsprechenden Zweckrichtung beruhen und damit übereinstimmen; der Schutz des Vermögens muss bezweckt und nicht lediglich als Nebeneffekt mitbewirkt werden (sog. Reflexwirkung; vgl. zum Ganzen BGE 132 II 305 E. 4.1, bestätigt in BGE 139 IV 137 E. 4.2; Urteil des BGer 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.2; Urteil des BVGer A-3150/2016 vom 3. Juli 2018 E. 10.2; Felix Uhlmann, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2017, Rz. 118 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Marianne Ryter, Staatshaftungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/ Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 29.89 ff.; Pribnow/Gross, Staats- und Beamtenhaftung, in: Weber/Münc [Hrsg.], Haftung und Versicherung, 2. Aufl. 2015, Rz. 3.35). Die Bestimmung des Schutzzwecks einer Rechtsnorm erfolgt durch Auslegung, wobei - entsprechend dem vorstehend Ausgeführten - zwischen dem Zweck einer Norm und deren Wirkung(en) zu unterscheiden ist (vgl. Ryter, a.a.O., Rz. 29.94 mit Hinweisen).

E. 3.2.2

Das widerrechtliche Verhalten kann aus einem Tun oder einem Unterlassen bestehen. Bei Unterlassungen liegt Widerrechtlichkeit jedoch nur dann vor, wenn eine Rechtspflicht zum

Handeln besteht und wenn die Handlungspflicht das Interesse der geschädigten Person verfolgt und sich aus einer Schutzvorschrift zu deren Gunsten ergibt. Der den Schaden verursachenden Person oder Amtsstelle muss somit eine Garantenstellung gegenüber der geschädigten Person zukommen (vgl. BGE 123 II 577 E. 4d/ff, 118 Ib 473 E. 2b; Urteil des BGer 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 5.3; Urteil des BVGer A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 4.2.2; Ryter, a.a.O., Rz. 29.103; Peter Hänni, Staatshaftung wegen Untätigkeit der Verwaltung, in: Bovay/Nguyen [Hrsg.], Mélanges Pierre Moor, 2005, S. 342 f.; je mit Hinweisen).

E. 3.2.3

Soweit Rechtsakte (etwa Verfügungen oder Urteile) in Frage stehen, liegt eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit nicht schon dann vor, wenn sich der Rechtsakt später als unrichtig, gesetzwidrig oder sogar willkürlich erweist; für die Korrektur rechtsfehlerhafter Verfügungen und Urteile stehen grundsätzlich die Möglichkeiten der Verwaltungsrechtspflege (primärer Rechtsschutz) zur Verfügung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist vielmehr erforderlich, dass der Beamte eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Amtspflicht verletzt und damit eine unentschuld bare Fehlleistung begangen hat (vgl. BGE 132 II 449 E. 3.3, 132 II 305 E. 4.1; Urteile des BVGer A-2699/2018 vom 28. März 2019 E. 4.1 und A-112/2017 vom 31. August 2017 E. 3.4; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 2122 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 62 Rz. 42 ff.; Fridolin Hunold, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2013, Rz. 262 ff.; je mit Hinweisen). Diese Praxis steht in Zusammenhang mit dem Rechtskraftprinzip bzw. dem Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes. Es soll der im Verwaltungsverfahren (Primärrechtsschutz) unterlegenen Partei verwehrt sein, im Rahmen eines Staatshaftungsverfahrens (Sekundärrechtsschutz) auf die rechtskräftige Verfügung zurückzukommen. Entsprechend schreibt Art. 12 VG vor, dass die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide und Urteile nicht in einem Verantwortlichkeitsverfahren überprüft werden kann. Für formell rechtskräftige Verfügungen und Entscheide gilt deshalb die Fiktion der Rechtmässigkeit. Rechtsprechung und Lehre sprechen sich jedoch grundsätzlich für eine Nichtanwendung von Art. 12 VG aus, wenn den Parteien die rechtliche oder faktische Möglichkeit (z.B. Eröffnungsfehler, unmittelbarer Vollzug) fehlte, den betreffenden Entscheid anzufechten (vgl. BGE 129 I 139 E. 3.1, 126 I 144 E. 2a, 119 Ib 208 E. 3c; Urteil des BGer 2E_1/2018 vom 25. Oktober 2019 E. 4.2 f.; Urteil des BVGer A-112/2017 vom 31. August 2017 E. 3.4; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2130 ff.; Reto Feller, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, 2007, S. 3 ff.). Die Rechtskraft bezieht sich dabei grundsätzlich nur auf das Dispositiv; die Erwägungen haben an der Rechtskraft dann teil, soweit sie zum Streitgegenstand gehören und das Dispositiv ausdrücklich auf die Erwägungen verweist (vgl. Urteil des BVGer A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 5.2 mit Hinweisen).

E. 3.3

Die Haftung des Bundes nach Art. 3 Abs. 1 VG setzt im Weiteren voraus, dass das widerrechtliche Verhalten des Beamten natürlich und adäquat kausal für den behaupteten Schaden war. Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn ein Handeln Ursache im Sinne einer nicht wegzudenkenden Bedingung (*conditio sine qua non*) für den Eintritt des Schadens ist. Ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, wenn die Ursache nach dem

gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen. Besteht ein widerrechtliches Verhalten in einer Unterlassung, stellt sich die Frage nach dem hypothetischen Kausalverlauf. Zu prüfen ist, ob der Schaden bei pflichtgemäsem Handeln nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre (vgl. Urteil des BGer 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 5.1 f.; BVGE 2014/43 E. 4.1 f.; Urteil des BVGer A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 4.2.3; Tobias Jaag, Staats- und Beamtenhaftung, 3. Aufl. 2017, Rz. 143 ff.; Ryter, a.a.O., Rz. 29.117 ff.; je mit Hinweisen). Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen

E. 4.1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Das vorinstanzliche Staatshaftungsverfahren wurde wie auch das Vergabeverfahren noch unter bisherigem Recht geführt. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren findet daher das alte Recht Anwendung, d.h. das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 508 ff., nachfolgend: aBöB) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 518 ff., nachfolgend: aVöB).

E. 4.2

Das öffentliche Beschaffungsrecht sieht in Art. 32 aBöB vor, dass das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheidet oder diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurückweist (Abs. 1). Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt das Bundesverwaltungsgericht lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Abs. 2). Gemäss Art. 34 aBöB haftet der Bund für einen Schaden, den er durch eine Verfügung verursacht hat, deren Rechtswidrigkeit im Verfahren nach Art. 32 Abs. 2 aBöB festgestellt worden ist (Abs. 1). Diese Haftung beschränkt sich auf Aufwendungen, die dem Anbieter oder der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Abs. 2). Im Übrigen ist das VG anwendbar (Abs. 3). Nach Art. 35 aBöB reicht der Anbieter oder die Anbieterin das Schadenersatzbegehren bei der Auftraggeberin ein. Der Bundesrat bezeichnet die für den Entscheid zuständige Stelle (Abs. 1). Gegen deren Verfügung ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Abs. 2). Das Schadenersatzbegehren muss spätestens ein Jahr nach Feststellung der Rechtswidrigkeit eingereicht werden (Abs. 3). Für den Erlass von Verfügungen über Schadenersatzbegehren ist in der Regel das EFD zuständig. Es konsultiert vorgängig die Dienststelle, die für den vom Schadenersatzbegehren betroffenen Bereich zuständig ist (Art. 35 Abs. 1 aBöB i.V.m. Art. 32 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2012 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung [Org-VöB, SR 172.056.15]).

E. 4.3

Im Vergaberecht ist demgemäss grundsätzlich zwischen dem primären und dem sekundären Rechtsschutz zu unterscheiden (vgl. Hans Rudolf Trüeb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 32 aBöB Rz. 1 und 4, Art. 35 aBöB Rz. 1; Peter Galli et al.,

Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1414 ff.). Im primären Rechtsschutz strebt die beschwerdeführende Partei die Aufhebung der rechtsfehlerhaften Verfügung und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Dabei geht es ihr in erster Linie darum, mit ihrer Beschwerde einem Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der (vorläufigen) Zuschlagsempfängerin zuvorzukommen, um ihrerseits die Chance auf den Erhalt des Zuschlags aufrechtzuerhalten (vgl. Galli et al., a.a.O., Rz. 1325). Ist die Gewährung des primären Rechtsschutzes und damit die Chance auf den Zuschlag jedoch nicht mehr möglich, beispielsweise dann, wenn nach einem widerrechtlich erfolgten Zuschlag bereits ein Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen wurde, greift subsidiär der sekundäre Rechtsschutz. Statt die Wiederherstellung der Rechte kann die Anbieterin nur noch vergaberechtlichen Schadenersatz fordern (vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, Rz. 386 f. [nachfolgend: Beyeler, Schadenersatz]). Das Verfahren zur Geltendmachung von Schadenersatz durchläuft nach Art. 32 Abs. 2 und Art. 35 Abs. 1 aBöB zwei unterschiedliche Stufen. Im Beschwerdeverfahren stellt das Bundesverwaltungsgericht lediglich fest, ob die angefochtene Verfügung rechtswidrig erfolgt ist. Erst nach dieser Feststellung ist das Verfahren gemäss Art. 35 aBöB einzuleiten. Gegen die Verfügung des EFD ist wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 35 Abs. 2 aBöB; de lege ferenda wird das zweistufige Verfahren in Art. 58 Abs. 3 des revidierten BöB vom 21. Juni 2019 aufgegeben, wobei der Beschwerdeführerin neu eine adhäsionsweise Beurteilung ihres Ersatzbegehrens zusteht; vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851, 1985; vgl. zum Ganzen BVGE 2020 IV/2 E. 7.3 und 7.4.1 mit Hinweisen).

E. 4.4

Ein Teil der Lehre geht beim vergaberechtlichen Schadenersatz von einer abschliessenden Haftungsregelung aus. Eine subjektiv-historische Auslegung mache deutlich, dass die vergaberechtliche Haftungsbestimmung eine *Lex specialis* zum Verantwortlichkeitsgesetz darstelle. Der Gesetzgeber habe auch die Frage nach der privatrechtlichen "culpa in contrahendo" als konkurrierende Haftung diskutiert, dies jedoch verworfen (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft II], BBl 1994 IV 1201; Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 1994 N 2304 ff.; Renate Scherrer-Jost, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 1999, Kap. 13 Rz. 85). Ein anderer Teil der Lehre erkennt in Art. 34 aBöB keine abschliessende Haftungsregelung. Demnach sei Schadenersatz aus dem Vergaberecht aber immer dann ausgeschlossen, wenn es beim Abbruch zu keiner Diskriminierung komme und ein sachlicher Grund für den Abbruch vorliege. Gleichwohl bedeute die Rechtmässigkeit des Abbruchs längst nicht in jedem Fall auch eine Befreiung der Auftraggeberin von jeglicher Haftung. Die Anbieterin habe aber ihr Recht ausserhalb des verwaltungsrechtlichen Vergabeverfahrens im Rahmen einer Zivilklage geltend zu machen (Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005 Rz. 41 ff. S. 792 f. [nachfolgend: Beyeler, Überlegungen zum Abbruch]; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 511; vgl. für eine Übersicht zu den verschiedenen Lehrmeinungen auch Galli et al., a.a.O., Rz. 1415; zum Ganzen BVGE 2020 IV/2 E. 7.4.2 mit Hinweisen).

E. 4.5

Zu möglichen Schadenersatzforderungen im Rahmen von Vergabeverfahren hat sich die frühere Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) geäußert. Mit Entscheid vom 16. November 2001 stellte die BRK die Rechtswidrigkeit einer Abbruchverfügung fest, ohne diese jedoch aufzuheben. Zur Begründung führte sie aus, das Bundesrecht enthalte keine Schadenersatzregelung für den Fall, dass die Vergabestelle ein Verfahren gestützt auf Art. 30 Abs. 1 aVöB definitiv abbreche. Da der Abbruch aber aufgrund der Voraussehbarkeit rechtswidrig erfolgt sei, liege die analoge Anwendung der Schadenersatzregelung nach Art. 32 Abs. 2 aBöB nahe (Entscheid der BRK vom 16. November 2001, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.39 E. 3; erwähnt in BGE 134 II 192 E. 2.3; kritisch: Beyeler, Überlegungen zum Abbruch, Rz. 41 S. 792, wonach die Frage der Vergaberechtskonformität des Abbruchs, welche bei Vorliegen von sachlichen Gründen ohne Weiteres gegeben sei, von der Frage nach einer allfälligen Haftung der Vergabestelle für anlässlich des Verfahrens begangene Treuwidrigkeiten, die gegebenenfalls zu einem Schadenersatzanspruch nach "culpa in contrahendo" führen könnten, strikte zu trennen seien). In der neueren Rechtsprechung befasste sich das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2020 IV/2 vertieft mit der Unterscheidung zwischen primärem und sekundärem Rechtsschutz im Vergaberecht. Es erkannte, dass im Rahmen des primären Rechtsschutzes die Aufhebung der rechtsfehlerhaften Verfügung und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angestrebt werde. Erst wenn keine Chance mehr auf den Zuschlag bestehe, greife subsidiär der sekundäre Rechtsschutz in Form von vergaberechtlichem Schadenersatz. Nach einem rechtmässig erfolgten Abbruch des Verfahrens zwecks Neuausschreibung könne sich die beschwerdeführende Partei an der Neuausschreibung beteiligen und gegebenenfalls den Zuschlag erhalten. Ein Anspruch auf vergaberechtlichen Schadenersatz sei deshalb ausgeschlossen, auch wenn es aufgrund von Unregelmässigkeiten zu unnötigem Offertaufwand gekommen sein sollte (BVGE 2020 IV/2 E. 7.3 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung, so auch auf das Urteil des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016, welches dem vorliegenden Staatshaftungsverfahren vorausging). Vertrauensschutz

E. 5.1

Der Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV 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, 131 II 627 E. 6.1; Urteile des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 3.7 und A-4730/2014 vom 17. September 2015 E. 7 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 627 ff. und 706; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 22 Rz.10 ff.; je mit Hinweisen). Ob die Behörde infolge Untätigkeit einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, bestimmt sich danach, ob ihr Stillschweigen bei objektiver Betrachtungsweise geeignet ist, eine derartige Erwartung zu wecken (vgl. BGE 132 II 21 E. 2.2 und 8.1).

E. 5.2

Die Rechtsprechung leitet den an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Anspruch auf Ersatz eines Vertrauensschadens direkt aus Art. 9 BV ab. Im Unterschied zur Staatshaftung

beruht die Vertrauenshaftung grundsätzlich auf rechtmässigem staatlichem Verhalten (vgl. BGE 108 Ib 352 E. 4b/bb; Urteile des BGer 1C_400/2016 vom 24. März 2017 E. 2.2 und 2C_960/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 3.4.2). Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-793/2011 vom 20. Februar 2012 wird der Grundsatz von Treu und Glauben zudem auch als Schutznorm im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG bezeichnet, ohne jedoch vertieft darauf einzugehen (E. 4.1). Das war im damaligen Staatshaftungsverfahren auch nicht angezeigt, da die Voraussetzungen für einen Vertrauensschutz ohnehin nicht gegeben waren. Ähnliches gilt für das spätere Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2699/2018 vom 28. März 2019, in welchem ebenfalls im Ergebnis ein Anspruch aus Vertrauensschutz verneint wurde (E. 4.1; vgl. teilweise kritisch Müller/Bachmann, Treu und Glauben als grundrechtliche Vermögensschutznorm, SJZ 116/2020 S. 260 ff. mit Hinweisen). Formelle Anträge bzw. Rügen

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin stellt in der vorliegenden Beschwerde erneut den Beweisantrag, es seien bei der Vergabestelle Listen über die zum Zeitpunkt der Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 erschlossenen bzw. nicht erschlossenen Standorte zu edieren. Anlässlich der Replik präzisiert sie den Inhalt ihres Beweisantrags. Zur Begründung legt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen dar, für die Durchsetzung ihres Schadenersatzanspruchs sowie für die Substanziierung des entgangenen Gewinns sei sie darauf angewiesen, die verlangten Standortlisten einzusehen. Allfälligen Sicherheitsbedenken könne mit entsprechenden Schwärzungen der Listen Rechnung getragen werden. Zudem rügt sie eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Um über das anhängig gemachte Schadenersatzbegehren überhaupt entscheiden zu können, hätten der Vorinstanz die erschlossenen Standorte bekannt sein müssen.

E. 6.2

Die Vorinstanz hält in der Vernehmlassung daran fest, dass dem Editionsbegehren der Beschwerdeführerin in antizipierter Beweiswürdigung nicht stattzugeben sei. Die Beweiserhebung sei nicht erforderlich, da kein Entschädigungsanspruch auf entgangenen Gewinn bestehe. Ergänzend weist sie darauf hin, die Vergabestelle habe im Verfahren B-1284/2017 gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht offengelegt, dass erst 649 von insgesamt 1'400 Standorte bis zum Zeitpunkt der Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 erschlossen worden seien. Die damals als vertraulich klassifizierte Liste der erschlossenen Standorte liege ihr nicht vor.

E. 6.3.1

In den vorinstanzlichen Akten, die das Bundesverwaltungsgericht zu Beginn des vorliegenden Schriftenwechsels von Amtes wegen beizog, sind die von der Beschwerdeführerin ersuchten Standortlisten nicht enthalten. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung den Editionsantrag der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen hat oder ob entsprechend dem Rechtsbegehren Nr. 3 (recte: Nr. 2) die Listen bei der Vergabestelle zu edieren sind. In den vorangegangenen Beschwerdeverfahren bestand jeweils keine Veranlassung, der Beschwerdeführerin einen vollständigen Zugang zu diesen Standortlisten zu gewähren (Urteile des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 6, B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 5 und B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 3).

E. 6.3.2

Die Parteien haben im verwaltungs- und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG). Die Behörde stellt den rechtserheblichen Sachverhalt, unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 und 52 VwVG), von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls verschiedener Beweismittel (Art. 12 VwVG). Sie nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Aus dem Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs folgt der Anspruch auf Abnahme der von einer Partei angebotenen Beweise, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind. Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn die Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil die antizipierte Beweiswürdigung ergibt, dass die Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung an sich abgeht oder die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist und angenommen werden kann, dass die Durchführung des Beweises im Ergebnis nichts ändern wird (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3, 131 I 153 E. 3; Patrick Sutter, in: Auer/Müller/ Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 33 Rz. 2 [nachfolgend: Kommentar VwVG]; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.144).

E. 6.3.3

Der gestellte Beweisantrag, es seien bei der Vergabestelle die Standortlisten zu edieren, durfte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung in antizipierter Beweiswürdigung abweisen, ohne den Untersuchungsgrundsatz oder den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör zu verletzen. Denn wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, vermag die gerügte vorzeitige Erschliessung von Standorten nicht zu einer Gutheissung der Beschwerde zu führen. Ebenso ist es nicht erforderlich, die Höhe des entgangenen Gewinns zu ermitteln. Der Beweisantrag betrifft somit keine rechtserheblichen Sachverhaltselemente. Folglich ist auch im Beschwerdeverfahren das Rechtsbegehren Nr. 3 (recte: Nr. 2) in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, womit auf allfällig schützenswerte Geheimhaltungsinteressen hinsichtlich der Standortlisten nicht näher einzugehen ist.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren in formeller Hinsicht geltend, die Vergabestelle habe in der Vernehmlassung vom 23. März 2018 explizit anerkannt, dass ihr ein Anspruch auf Ersatz der Offertkosten zukomme. Von der anwaltlich vertretenen Vergabestelle sei lediglich die Höhe des Schadens als nicht rechtsgenügend substantiiert bestritten worden. Das vorliegende Verfahren hätte daher auf die Substanziierung des Teilnahmeschadens beschränkt werden müssen, was in der angefochtenen Verfügung mit einer unzureichenden Begründung abgelehnt worden sei. Entsprechend der ratio legis von Art. 2 Abs. 1 Verordnung VG könne die Vergabestelle am besten über die Haftungsvoraussetzungen und Vorfälle Auskunft geben. In Lehre und Rechtsprechung sei zudem unbestritten, dass ein Vergleich über einen Staatshaftungsanspruch abgeschlossen werden könne. Zumindest hätte die Vorinstanz jene Vernehmlassung der Vergabestelle nachvollziehbar würdigen müssen. Als Amtsbericht vermittele die Vernehmlassung ein besonderes Fachwissen, weshalb ihr eine erhöhte Beweiskraft zukomme und ein Abweichen grundsätzlich nur bei triftigen Gründen gerechtfertigt sei.

E. 7.2

Die Vorinstanz bestreitet diese Ausführungen der Beschwerdeführerin. Die Vergabestelle habe mit Vernehmlassung vom 23. März 2018 voreilig die grundsätzliche Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, einen Schadenersatz nach Art. 34 aBöB zu leisten. Das Staatshaftungsverfahren habe indes ergeben, dass mangels Erfüllung der erforderlichen Haftungsvoraussetzungen kein gesetzlicher Anspruch auf die in Aussicht gestellte Entschädigung vorliege und dem Legalitätsprinzip entsprechend keine Entschädigung geleistet werden könne. Das Handeln der Vergabestelle sei für die Entscheidbehörde nicht bindend. Aus der Bemerkung der Vergabestelle resultiere schon deshalb kein Vertrauensschutz, als diese für die Beurteilung von Schadenersatzbegehren nicht zuständig sei. Im Übrigen sei die Vergabestelle keine Prozesspartei im Staatshaftungsverfahren. Deren Stellungnahme sei lediglich als Auskünfte von Drittpersonen im Sinne von Art. 12 Bst. c VwVG entgegenzunehmen. Selbst wenn es sich um einen Amtsbericht handeln würde, wie von der Beschwerdeführerin vertreten, bestünden triftige Gründe davon abzuweichen, da die gesetzlichen Voraussetzungen für die vergaberechtliche Haftung nicht gegeben seien.

E. 7.3.1

Im Folgenden ist zu untersuchen, welchen Stellenwert der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 23. März 2018 beizumessen ist und ob die Vorinstanz diese hinreichend berücksichtigt hat. In jener Vernehmlassung äusserte sich die Vergabestelle dahingehend, dass die Beschwerdeführerin nach Massgabe der Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 Anspruch auf Ersatz ihrer Offertkosten habe. Die Vergabestelle erkenne diesen Anspruch als Folge der spät erfolgten Kommunikation der Sicherheitsbedenken und -anforderungen an.

E. 7.3.2

Gemäss Art. 2 Abs. 1 Verordnung VG holt die Vorinstanz vorgängig eine Vernehmlassung der Amtsstelle ein, in deren Geschäftsbereich sich der anspruchsbegründende Sachverhalt ereignet hat. In ähnlicher Weise sieht auch Art. 32 Abs. 1 Org-VöB vor, dass die Vorinstanz vorgängig die Dienststelle konsultiert, die für den vom Schadenersatzbegehren betroffenen Bereich zuständig ist. Soweit die Beschwerdeführerin gestützt auf diese Vorgaben Ansprüche aus der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 23. März 2018 ableiten möchte, ist ihr nicht zu folgen. Aus der Zuständigkeitsordnung des Verantwortlichkeits- sowie des Vergaberechts ergibt sich, dass es der Vorinstanz obliegt, das Staatshaftungsbegehren zu beurteilen. Als Entscheidbehörde ist die Vorinstanz formell nicht an die Vernehmlassung der Vergabestelle gebunden, weshalb die Beschwerdeführerin sich nicht unmittelbar darauf berufen kann. Im Rahmen des Staatshaftungsverfahrens wurde die Vergabestelle in erster Linie aufgrund ihrer Mitwirkung am betroffenen Geschehen und nicht aufgrund ihres besonderen Fachwissens von der Vorinstanz kontaktiert. Schon aus diesem Grund erscheint es sachwidrig, ein Abweichen von der Vernehmlassung der Vergabestelle nur bei triftigen Gründen zuzulassen, wie von der Beschwerdeführerin eventualiter gefordert. Die Vorinstanz hat somit zu Recht das Verfahren nicht auf die Substanziierung der Schadenshöhe beschränkt, sondern das Gesuch der Beschwerdeführerin umfassend geprüft.

E. 7.3.3

Wie bereits erwähnt, haben die Parteien im verwaltungs- und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG).

Dazu gehört, dass die Behörde ihren Entscheid in einer nachvollziehbaren Weise begründet, so dass er sachgerecht angefochten werden kann (Art. 35 Abs. 1 VwVG). In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sich die Behörde ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Welchen Anforderungen eine Begründung hinsichtlich Dichte und Qualität zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen zu bestimmen (vgl. BGE 142 II 324 E. 3.6, 137 II 266 E. 3.2, 129 I 232 E. 3; Kneubühler/Pedretti, Kommentar VwVG, Art. 35 Rz. 7 ff.; je mit Hinweisen). Vorliegend befasst sich die Vorinstanz in ihren Erwägungen eigens mit der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 23. März 2018. Es wird von ihr begründet, weshalb kein gesetzlicher Anspruch auf die von der Vergabestelle in Aussicht gestellte Entschädigung bestehe. Auch setzt sie sich mit der Zuständigkeitsordnung im Staatshaftungsverfahren auseinander. Es wird nachvollziehbar aufgezeigt, aus welchen materiellen wie formellen Überlegungen der Auffassung der Vergabestelle nicht gefolgt wird. Die Beschwerdeführerin war sich letztlich über die Tragweite des angefochtenen Entscheids im Klaren und ohne Weiteres imstande, diesen sachgerecht anzufechten, wie die eingereichte Beschwerdeschrift verdeutlicht. Die angefochtene Verfügung erfüllt damit die Anforderungen an eine genügende Begründung.

E. 7.3.4

Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen im Zusammenhang mit der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 23. März 2018 erweisen sich damit im Ganzen als unbegründet. Hauptbegehren

E. 8.1

Die Beschwerdeführerin macht in ihrem Hauptbegehren Schadensersatz auf entgangenen Gewinn gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG geltend. In der Begründung rügt sie, die Vorinstanz verkenne, dass die Vergabestelle die 100 initialen Standorte von Teillos 1.2 sowie weitere optionale Standorte, welche im Mini-Tender-Verfahren zu vergeben gewesen wären, schon während des laufenden Rechtsmittelverfahrens widerrechtlich erschlossen habe. Die Vergabestelle habe entgegen der erteilten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde mehr Standorte erschlossen, als sie hätte erschliessen dürfen. Die Haftungsvoraussetzung der natürlichen Kausalität sei sehr wohl gegeben, da durch die widerrechtliche Erschliessung ein Zuschlag bereits vor Erlass der Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 definitiv nicht mehr möglich gewesen sei. Mit Blick auf die hier strittige Kausalkette bilde die Abbruchverfügung lediglich eine Reserveursache, welche am bereits eingetretenen Erfolg nichts ändere (sog. überholende Kausalität). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz, so die Beschwerdeführerin in der weiteren Begründung, sei die Anzahl der widerrechtlich erschlossenen Standorte nicht Gegenstand des Rückweisungsentscheids des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 8. Juli 2016 gewesen, sondern für diese Frage sei allein der spätere Zeitpunkt der Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 massgebend. Obwohl wiederholt die Dringlichkeit der Erschliessung hervorgehoben worden sei, habe die Vergabestelle den zeitaufwändigen Weg des Abbruchs gewählt und anschliessend ohne triftigen Grund auf die in Aussicht gestellte baldige Neuausschreibung verzichtet. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass die Vergabestelle die Standorte bereits widerrechtlich erschlossen und deshalb gar nie beabsichtigt habe, ein neues

Beschaffungsprojekt auszuschreiben. Das Vorgehen erwecke den Eindruck, dass die in Aussicht gestellte Neuausschreibung von der Vergabestelle bewusst nur vorgeschoben worden sei. Für einen definitiven Abbruch gälten strengere Anforderungen, weshalb dieser vom Bundesverwaltungsgericht höchstwahrscheinlich als rechtswidrig beurteilt worden wäre. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 sei damit unter der falschen Prämisse eines provisorischen Abbruchs ergangen. Der Schadensersatzanspruch der Beschwerdeführerin dürfe durch einen solchen Verfahrensabbruch nicht illusorisch werden. Im Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 habe das Bundesgericht wohl nicht zuletzt aus diesen Gründen festgestellt, dass wesentliche Indizien für einen rechtsmissbräuchlichen Verfahrensabbruch durch die Vergabestellen bestünden und bei einem Eintreten die Beschwerde mit erheblicher Wahrscheinlichkeit gutzuheissen gewesen wäre (E. 2). Von der Frage nach der Rechtmässigkeit des Abbruchs sei die Frage nach dem Ersatz des infolge des Abbruchs eingetretenen Schadens zu unterscheiden. Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht hätten sich in den erwähnten Urteilen jeweils lediglich mit der ersten Frage auseinandergesetzt und für Weiteres auf das Haftungsverfahren verwiesen. Im Urteil B-1284/2017 habe das Bundesverwaltungsgericht lediglich festgehalten, dass es für die Frage, ob die Abbruchverfügung rechtmässig ergangen sei, ohne Relevanz sei, welche Standorte des Teilloses 1.2 bereits erschlossen worden seien. Dies verkenne die Vorinstanz, wenn sie behaupte, bei einem rechtmässigen Abbruch entfalle jeglicher Haftungsanspruch gegen den Staat. Da die Beschwerdeführerin bei rechtmässigem Verhalten der Vergabestelle zumindest eine echte Chance auf den Erhalt des Zuschlags gehabt habe und auch die übrigen, von der Vorinstanz nicht geprüften Haftungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 VG erfüllt seien, sei ihr Hauptbegehren gutzuheissen.

E. 8.2

Die Vorinstanz hält in der Vernehmlassung an der angefochtenen Verfügung fest. In der Begründung führt sie aus, im Rahmen der Haftungs-voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 VG fehle es vorliegend am natürlichen Kausalzusammenhang. Nicht die geltend gemachte vorzeitige Erschliessung von Standorten des Teilloses 1.2, sondern erst der rechtskräftige Verfahrensabbruch bilde die Ursache dafür, dass sich der Schaden manifestiert habe. Es liegt mithin kein Fall der überholenden Kausalität vor. Die Rechtmässigkeit des Verfahrensabbruchs habe das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 bestätigt, was im Staatshaftungsverfahren nicht mehr überprüft werden könne (vgl. Art. 12 VG). Das Gericht habe damals auch den Standpunkt der Beschwerdeführerin verworfen, der Abbruch habe seine Ursache in der vorzeitigen Erschliessung von Standorten des Teilloses 1.2 und sei deshalb rechtsmissbräuchlich. Unabhängig vom rechtmässigen Verfahrensabbruch, so die Vorinstanz in der weiteren Begründung, habe für die Beschwerdeführerin ab dem Erlass des bindenden Bundesratsbeschlusses vom 29. Januar 2014 keine echte Chance mehr bestanden, den Zuschlag zu erhalten. Es treffe sodann nicht zu, dass keine Standorte mehr zu erschliessen gewesen seien. Wäre dem so, hätte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 keine Veranlassung für eine Rückweisung gehabt. Die Vergabestelle habe im Beschwerdeverfahren B-1284/2017 dem Bundesverwaltungsgericht offengelegt, dass bis zum Zeitpunkt der Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 erst 649 von insgesamt 1'400 Standorten erschlossen worden seien. Jene von der Vergabestelle als vertraulich klassifizierte Liste liege der Vorinstanz nicht vor. Ob zwischenzeitlich die neue Beschaffung, die die Vergabestelle in der Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 in

Aussicht gestellt habe, durchgeführt worden sei, habe die Vorinstanz mangels Relevanz nicht abgeklärt. Denkbar sei, dass gestützt auf die gesetzlichen Ausnahmebestimmungen keine neue Ausschreibung auf der Internetplattform SIMAP erfolgt sei (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB; Art. 13 Abs. 1 aVöB). Da das Hauptbegehren vorliegend schon aufgrund des fehlenden natürlichen Kausalzusammenhangs abzuweisen sei, seien die weiteren Haftungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 VG nicht mehr zu prüfen.

E. 9

In der Hauptsache ist zu klären, ob der Beschwerdeführerin Schadenersatz auf entgangenen Gewinn gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG zuzusprechen ist. Unbestritten ist, dass die Verwirkungsfristen gemäss Art. 20 Abs. 1 VG eingehalten sind. Konkret ist strittig und nachfolgend zu prüfen, ob die gerügte vorzeitige Erschliessung von Standorten des Teilloses 1.2 (so der Standpunkt der Beschwerdeführerin) oder erst die rechtmässige Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 (so der Standpunkt der Vorinstanz) den geltend gemachten Schaden natürlich kausal verursacht hat.

E. 10.1

Wie eingangs erläutert, ist der natürliche Kausalzusammenhang dann zu bejahen, wenn das in Frage stehende Verhalten eine notwendige Bedingung für den Eintritt des Schadens darstellt, d.h. die Ursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass damit auch der eingetretene Erfolg entfielen (conditio sine qua non; vgl. vorstehend E. 3.3). Zudem gilt es zu beachten, dass im Staatshaftungsverfahren der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes gilt (Art. 12 VG; vgl. vorstehend E. 3.2.3).

E. 10.2

Vorliegend bildete die von der Beschwerdeführerin gerügte vorzeitige Erschliessung von Standorten des Teilloses 1.2 bereits ein zentrales Thema im Zuschlagsverfahren B-998/2014. Namentlich war diese Frage Gegenstand von verschiedenen Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts, die dem Erhalt des primären Rechtsschutzes dienten. So wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt und der Vergabestelle untersagt, die betreffenden Standorte während des laufenden Beschwerdeverfahrens zu erschliessen. Wären zum Zeitpunkt des Rückweisungsentscheids vom 8. Juli 2016 tatsächlich diese Standorte - dennoch und entgegen diesen Zwischenverfügungen - vollständig erschlossen gewesen, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, hätte sich das Bundesverwaltungsgericht auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des impliziten Ausschlusses beschränken müssen. Es hätte kein Anordnungsgrund für eine Rückweisung an die Vorinstanz mehr bestanden. Indem das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des primären Rechtsschutzes einen Rückweisungsentscheid fällte, erkannte es im Wesentlichen, dass eine Korrektur der ergangenen Rechtswidrigkeit im Bereich des Möglichen liegt (E. 6). Das vorliegende Hauptbegehren der Beschwerdeführerin, welches demgegenüber von bereits vorzeitig erschlossenen Standorten des Teilloses 1.2 ausgeht, widerspricht somit in direkter Weise dem Rückweisungsentscheid.

E. 10.3

Im anschliessenden Abbruchverfahren B-1284/2017 brachte die Beschwerdeführerin wiederum als zentrale Rüge die vorzeitige Erschliessung von Standorten des Teilloses 1.2 ein. Die Vergabestelle vertusche, so die Beschwerdeführerin, dass etliche Standorte bereits erschlossen worden seien. Das Verfahren könne insofern weder abgebrochen werden, noch

könne überhaupt eine Neuausschreibung stattfinden. Mit Urteil vom 6. Juni 2017 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass der Abbruch in Umsetzung des Rückweisungsentscheids des Bundesverwaltungsgerichts rechtmässig erfolgt sei. Hierbei befasste es sich in seinen Erwägungen, soweit entscheidrelevant, sowohl mit der Frage der Neuausschreibung (E. 2.3) als auch mit der Frage der vorzeitigen Standorterschliessung (E. 2.6 und E. 3.1). Im Rahmen des hier zu beurteilenden Hauptbegehrens bringt die Beschwerdeführerin erneut die gleichen Vorbringen vor, um die Rechtmässigkeit des Verfahrensabbruchs zu entkräften. Über die Rechtmässigkeit des Verfahrensabbruchs hat das Bundesverwaltungsgericht indes schon entschieden.

E. 10.4

Soweit sich die Beschwerdeführerin ergänzend auf die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Möglichkeit des sekundären Rechtsschutzes beruft, ist zu entgegnen, dass jene Hinweise nicht im Zusammenhang mit der vorzeitigen Erschliessung von Standorten, sondern im Zusammenhang mit dem Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 stehen (vgl. Urteile des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 3.6 und E. 6 und B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.7). Schon deshalb können diese Erwägungen das Hauptbegehren nicht stützen.

E. 10.5

Im Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 äusserte sich das Bundesgericht im Rahmen der Kostenerwägungen kritisch zu den beiden Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts. Im Ergebnis trat es aber auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht ein, da sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellte. Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 8. Juli 2016 resp. B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 sind damit in Rechtskraft erwachsen. Für die rechtskräftigen Urteile gilt aufgrund des Überprüfungsverbots gemäss Art. 12 VG die Fiktion der Rechtmässigkeit. Da die Beschwerdeführerin sowohl im Zuschlags- als auch im Abbruchverfahren ihre Rechte vor dem Bundesverwaltungsgericht wahrnehmen konnte, sind auch keine Ausnahmetatbestände zu Art. 12 VG im Sinne von Lehre und Rechtsprechung erkennbar (vgl. vorstehend E. 3.2.3).

E. 10.6

Aufgrund dieser Feststellungen ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass es für den im Hauptbegehren geltend gemachten Schadenersatzanspruch schon an der Voraussetzung der natürlichen Kausalität fehlt. Denn wäre dem Standpunkt der Beschwerdeführerin zur natürlichen Kausalität zu folgen, dass die vorzeitige Erschliessung der Standorte des Teilloses 1.2 natürlich kausal für den Schadenseintritt gewesen sei und der rechtmässige Verfahrensabbruch vom 2. Februar 2017 lediglich eine Reserveursache bilde, entspräche dies einer nochmaligen Überprüfung rechtskräftiger Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts. Die Beschwerdeführerin vermag demnach mit ihrer Rüge, es handle sich hier um einen Fall der überholenden Kausalität, nicht durchzudringen.

E. 11

Das Hauptbegehren der Beschwerdeführerin, es sei ihr Schadenersatz auf entgangenen Gewinn gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG zuzusprechen, erweist sich damit als unbegründet. In Bezug auf das Hauptbegehren sind bei diesem Ausgang die strittigen weiteren Haftungsvoraussetzungen nicht mehr zu prüfen. Es erübrigt sich, auf die weitergehenden Ausführungen der Beschwerdeführerin näher einzugehen. Eventualbegehren

Schadenersatzanspruch gestützt auf das Vergaberecht

E. 12.1

Die Beschwerdeführerin macht eventualiter Schadenersatz in Form des negativen Interesses gestützt auf Art. 34 Abs. 1 aBöB geltend. In der Begründung rügt sie im Wesentlichen, die Vorinstanz habe den natürlichen Kausalzusammenhang zu Unrecht verneint. Ihr Teilnahmeschaden sei nicht eine Folge der Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017, sondern dieser sei bereits zuvor durch die widerrechtliche Erschliessung der Standorte von Teillos 1.2 eingetreten. Die spätere Abbruchverfügung habe daran nichts geändert, sei doch der Verfahrensgegenstand zu diesem Zeitpunkt bereits unwiderruflich zerstört gewesen. Die rechtswidrige Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014 sei somit natürlich kausal für den Schaden. Die Auffassung der Vorinstanz, so die Beschwerdeführerin in der weiteren Begründung, führe dazu, dass eine Vergabestelle nach erfolgter Feststellung des rechtswidrigen Ausschlusses einer Anbieterin stets den Ausweg über den Verfahrensabbruch wählen könne, um der haftungsrechtlichen Verantwortung zu entgehen. Das entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die Lehre sei sich einig, dass in den Fällen, in denen der Zweck des primären Rechtsschutzes nicht erreicht werden könne, der sekundäre Rechtsschutz Anwendung finden müsse (vgl. Beyeler, Schadenersatz, Rz. 388). Im Übrigen sei die Argumentation in der Vernehmlassung widersprüchlich. Einerseits behaupte die Vorinstanz, dass infolge des Bundesratsbeschlusses vom 29. Januar 2014 keine Möglichkeit mehr für einen Zuschlag bestanden habe. Andererseits werde behauptet, dass die Beschwerdeführerin ab dem Rückweisungsentscheid B-998/2014 vom 8. Juli 2016 wieder am Verfahren teilgenommen habe, weshalb der Schaden erst durch die Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 verursacht worden sei. Schliesslich habe die Vorinstanz die verbindliche Weisung des Rückweisungsentscheids nicht beachtet. Das Bundesverwaltungsgericht habe im Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 verbindlich angeordnet, dass bei einem Verfahrensabbruch die Offertkosten zu ersetzen seien (E. 3.8 und E. 6). Diese Auflage werde im Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 nochmals betont. Das Bundesverwaltungsgericht sei davon ausgegangen, dass in einem späteren Haftungsverfahren gestützt auf die Feststellung des widerrechtlichen Ausschlusses Schadenersatz nach Art. 34 f. aBöB verlangt werden könne. Letzteres Urteil sei auch in der Lehre in diesem Sinne aufgegriffen worden (vgl. Martin Beyeler, Anmerkungen zu B-1284/2017, in: Baurecht [BR] 2018 S. 58 ff. [nachfolgend: Beyeler, Anmerkungen zu B-1284/2017]). Da auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen von Art. 34 Abs. 1 aBöB vorliegend erfüllt seien, sei ihrem Eventualbegehren stattzugeben.

E. 12.2

Die Vorinstanz hält in der Vernehmlassung an der angefochtenen Verfügung fest. In der Begründung führt sie aus, für den vergaberechtlichen Haftungsanspruch nach Art. 34 f. aBöB müssten die allgemeinen Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsrechts erfüllt sein, wobei die Widerrechtlichkeit der Verfügung der Vergabestelle bereits gerichtlich festgestellt worden sei. Was die Voraussetzung des natürlichen Kausalzusammenhangs betreffe, so sei der Beschwerdeführerin durch die rechtswidrige Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014 keinen Schaden widerfahren. Auf dem Rechtsmittelweg habe sie die Aufhebung der Verfügung hinsichtlich des Teilloses 1.2 erwirken und am Vergabeverfahren wieder teilnehmen können. Das Bundesverwaltungsgericht habe angenommen, dass weiterhin eine ordentliche Beendigung des Vergabeverfahrens möglich sei. Den hier geltend gemachten Schaden habe die Beschwerdeführerin erst durch die

Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 erfahren, welche aber rechtmässig sei. Demzufolge lasse sich auch beim Schadenersatzanspruch nach dem Vergaberecht feststellen, dass die erforderlichen Haftungsvoraussetzungen - diesmal aufgrund des fehlenden Kausalzusammenhanges zwischen der schädigenden Handlung in Form des Erlasses der rechtswidrigen Verfügung vom 5. Februar 2014 und dem Schaden - nicht erfüllt seien. Soweit die Beschwerdeführerin, so die Vorinstanz in der weiteren Begründung, die vorzeitige Erschliessung von Standorten als Ursache für den Schaden erachte, sei einzuwenden, dass der Haftungsanspruch nach Art. 34 f. aBöB einen Schaden infolge einer rechtswidrigen Verfügung voraussetze. Die Berufung der Beschwerdeführerin auf den Sekundärrechtsschutz könne dementsprechend nur dann erfolgreich sein, wenn die rechtswidrige Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014 den Schaden verursacht habe. Dies sei nicht der Fall. Da das Schadenersatzbegehren vorliegend abzuweisen sei, erübrige sich die Auseinandersetzung mit den weiteren Haftungsvoraussetzungen. Namentlich könne auch offenbleiben, ob die vergaberechtliche Schadenersatzbestimmung überhaupt Anwendung finde, da in casu gar kein Vertrag hinsichtlich des Teillostes 1.2 abgeschlossen worden sei. Über den Verweis von Art. 34 Abs. 1 aBöB auf Art. 32 Abs. 2 aBöB werde verlangt, dass ein Vertragsabschluss zwischen der Vergabestelle und einem Dritten vorliege.

E. 13

Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin eventualiter ein Ersatz ihrer Offertkosten gestützt auf Art. 34 Abs. 1 aBöB zuzusprechen ist. Unbestritten ist, dass die Frist von Art. 35 Abs. 3 aBöB eingehalten ist. Konkret ist strittig und bleibt zu klären, ob die rechtswidrige Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014 (so der Standpunkt der Beschwerdeführerin) oder erst die rechtmässige Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 (so der Standpunkt der Vorinstanz) den geltend gemachten Schaden natürlich kausal verursacht hat. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrem Eventualbegehren abermals geltend macht, die vorzeitige Erschliessung von Standorten des Teillostes 1.2 habe zu ihrem Schaden geführt, kann vorab auf die obigen Erwägungen verwiesen werden. Auch in diesem Zusammenhang gilt, dass hinsichtlich der gerügten Standorterschliessung die rechtkräftigen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 8. Juli 2016 resp. B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 nicht nochmals zu überprüfen sind. Schon aufgrund von Art. 12 VG vermag die Beschwerdeführerin in diesem Umfange mit ihrer Argumentation nicht durchzudringen. (vgl. vorstehend E. 3.2.3 und E. 10 f.)

E. 14.1

Wie eingangs dargelegt, haftet der Bund gestützt auf Art. 34 Abs. 1 aBöB für einen Schaden, den er durch eine Verfügung verursacht hat, deren Rechtswidrigkeit im Verfahren nach Art. 32 Abs. 2 aBöB festgestellt worden ist (vgl. vorstehend E. 4.2). Hierbei gilt es zu berücksichtigen, dass im Vergaberecht der Weg des Schadenersatzes im Verhältnis zum primären Rechtsschutz subsidiär ist (vgl. vorstehend E. 4.3).

E. 14.2

Im Dispositiv des Urteils B-998/2014 vom 8. Juli 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass betreffend Teillos 1.2 der in der Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 5. Februar 2014 implizierte Ausschluss der Beschwerdeführerin rechtswidrig ist. Auf den ersten Blick scheint daher im Sinne der Haftungsbestimmung von Art. 34 Abs. 1 aBöB die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung gegeben zu sein.

Die gerichtliche Feststellung ist jedoch im Gesamtkontext des Rückweisungsentscheids zu betrachten. Vorliegend korrigierte das Bundesverwaltungsgericht mittels der erteilten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und dem anschliessenden Rückweisungsentscheid die festgestellte Rechtsverletzung. Der Beschwerdeführerin wurde durch den kassatorischen Entscheid vollwertigen Primärrechtsschutz gewährt (vgl. Beyeler, Anmerkungen zu B-1284/2017, S. 59 mit Hinweisen). Ihr wurde die Chance auf den Zuschlag wiedergegeben und insofern sind ihre im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Offertunterlagen getätigten Aufwendungen nicht nutzlos geworden (vgl. in diesem Sinne auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 27. Juni 2003, Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2003 63). Die tatsächlichen Chancen der Beschwerdeführerin, nach dem Rückweisungsentscheid B-998/2014 vom 8. Juli 2016 den Zuschlag für das Teillos 1.2 zu erhalten, sind im vorliegenden Schriftenwechsel zwar strittig geblieben. Auch erscheint die Vernehmlassung der Vorinstanz teilweise widersprüchlich, als die Chancen auf den Zuschlag aufgrund des Bundesratsbeschlusses einerseits und aufgrund des Rückweisungsentscheids andererseits unterschiedlich beurteilt werden. Vorliegend ist jedoch allein entscheidend, dass das Bundesverwaltungsgericht die rechtswidrige Verfügung aufhob und gemäss dem Rückweisungsentscheid den Zuschlag im Wesentlichen weiterhin für erreichbar hielt. Angesichts des gegebenen primären Rechtsschutzes hat das Schadenersatzbegehren der Beschwerdeführerin nach Art. 34 Abs. 1 aBöB zurückzustehen.

E. 14.3

Was die anschliessende Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 betrifft, so ist deren Rechtmässigkeit durch das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 bestätigt worden. Hier fehlt es somit an der Voraussetzung der festgestellten Rechtswidrigkeit der Verfügung gemäss Art. 34 Abs. 1 aBöB. Da die Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 rechtmässig erlassen wurde, kann im vorliegenden Fall auch nicht davon gesprochen werden, die Vergabestelle habe den Weg des Abbruchs gewählt, um rechtsmissbräuchlich möglichen Schadenersatzansprüchen zu entgehen. Angesichts des Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 ist diese Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet zu erachten.

E. 14.4

Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 8. Juli 2016 resp. B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 sind in Rechtskraft erwachsen, ungeachtet der vom Bundesgericht geübten Kritik im Nichteintretensentscheid 2B_639/2017 vom 21. Dezember 2017. Sie sind im vorliegenden Staatshaftungsverfahren nicht mehr zu überprüfen, nachdem die Beschwerdeführerin ihre Rechte sowohl im gerichtlichen Zuschlags- als auch im Abbruchverfahren wahrnehmen konnte (Art. 12 VG; vgl. vorstehend E. 3.2.3).

E. 14.5

Daran vermögen auch die weiteren Umstände nichts zu ändern, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft. Es ist richtig, dass das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen B-998/2014 vom 8. Juli 2016 (E. 6) und B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 (E. 2.7) die Ermächtigung zum Verfahrensabbruch daran geknüpft hat, dass dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die anlässlich der Ausschreibung bekanntgegebenen Eignungskriterien gebührend Rechnung getragen werde, wobei dies zeitlich nicht vor dem Verfahrensabbruch erfüllt sein müsse. Über den

sekundären Rechtsschutz wurde aber in den Urteilen noch nicht entschieden, was sich mit der nötigen Deutlichkeit sowohl aus den Dispositiven als auch aus den Erwägungen ergibt. Es wurde nicht geprüft, ob die Haftungsvoraussetzungen von Art. 34 Abs. 1 aBöB erfüllt sind. Das Bundesverwaltungsgericht wäre dazu in jenen Verfahren auch gar nicht befugt gewesen, da erst mit dem neuen Vergaberecht die Möglichkeit einer adhäsionsweisen Beurteilung des Ersatzbegehrens geschaffen wurde (vgl. vorstehend E. 4.3). Etwas anderes lässt sich auch der angeführten Urteilsbesprechung von Martin Beyeler zu B-1284/2017 nicht entnehmen. Nach seiner Beurteilung nimmt das Bundesverwaltungsgericht zwar an, dass die Beschwerdeführerin ein Haftungsverfahren nach Art. 35 aBöB anstrengen könne, ohne jedoch die Frage zu beantworten, auf welcher Haftungsgrundlage sie nun Schadenersatz fordern könne. Diese Frage bleibe offen (vgl. Beyeler, Anmerkungen zu B-1284/2017, S. 59 f. mit Hinweisen).

E. 14.6

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die vorinstanzliche Ansicht zu bestätigen, dass auch hier die Voraussetzung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht gegeben ist. Aufgrund des im Verfahren B-998/2014 gewährten umfassenden primären Rechtsschutzes führte die rechtswidrige Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014 nicht zum erlittenen Schaden. Dazu kommt, dass das Bundesverwaltungsgericht die anschliessende Abbruchverfügung vom 2. Februar 2017 als rechtmässig beurteilt hat.

E. 15

Das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin, es sei ihr Schadenersatz gestützt auf Art. 34 Abs. 1 aBöB zu leisten, erweist sich somit als unbegründet. Die strittigen weiteren Haftungsvoraussetzungen brauchen bei diesem Ausgang nicht mehr geprüft zu werden. Dies gilt namentlich für die Höhe des ersatzfähigen Schadens, der nach Art. 34 Abs. 1 aBöB nicht den Ersatz des vollständigen negativen Interessens umfasst (vgl. BVGE 2020 IV/2 E. 7.4.1 mit Hinweisen). Überdies kann auch offenbleiben, wie sich der geltend gemachte spezialgesetzliche Haftungsanspruch zum allgemeinen Staatshaftungsanspruch nach Art. 3 Abs. 1 VG im Einzelnen verhält und ob er ein Vertragsabschluss zwischen der Vergabestelle und einem Dritten voraussetzt. Schadenersatzanspruch aus Vertrauensschutz

E. 16.1

Die Beschwerdeführerin macht ferner in ihrem Eventualbegehren Schadenersatz in Form des negativen Interessens gestützt auf den Vertrauensschutz geltend. In der Begründung legt sie dar, es stehe ihr Schadenersatz aus Vertrauenshaftung zu, da der Vergabestelle schon im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens am 21. Juni 2013 der spätere Abbruchgrund bekannt gewesen sei bzw. bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt hätte bekannt sein müssen. Die Enthüllungen von Edward Snowden hätten kein neues Risiko zu Tage geführt, sondern lediglich die seit langem bekannte Bedrohungslage in hohem Detaillierungsgrad offenbart und der Angelegenheit mehr Medienpräsenz beschert. Indem die Vergabestelle die entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen unterlassen habe, sei das durch die Ausschreibung erweckte Vertrauen der Beschwerdeführerin enttäuscht worden und ihre Aufwendungen seien nutzlos geworden. Bereits lange vor dem Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014, so die Beschwerdeführerin in der weiteren Begründung, habe es zahlreiche stichhaltige Anhaltspunkte für Aktivitäten ausländischer Nachrichtendienste in der Schweiz gegeben, welche die Vergabestelle bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen und zu entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen hätte veranlassen

müssen. Der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) habe schon im Lagebericht 2010 festgestellt, dass die Schweiz durch IT-Spionage gefährdet sei (S. 74 f.). Vor der Ausschreibung vom 21. Juni 2013 seien weitere Berichte und parlamentarische Vorstösse im Zusammenhang mit potenziellen Cyberrisiken und den Enthüllungen von Edward Snowden ergangen (vgl. Urteil des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 3.4 mit Verweis auf die Antwort des Bundesrates vom 10. Juni 2013 betr. Frage Nr. 13.5199 Neuausschreibung des Kommunikations- und Datennetzwerks des Bundes, eingereicht von Nationalrat Thomas Aeschi [nachfolgend: Antwort des Bundesrates vom 10. Juni 2013 zu Nr. 13.5199]). Neue gesicherte Erkenntnisse zu mutmasslichen Tätigkeiten US-amerikanischer Nachrichtendienste hätten sodann auch zum Zeitpunkt des Bundesratsbeschlusses vom 29. Januar 2014 nicht vorgelegen (vgl. Antwort des Bundesrates vom 26. Februar 2014 betr. Interpellation Nr. 13.4077 Datenspionage und Internetsicherheit, eingereicht von der Fraktion der Schweizerischen Volkspartei [nachfolgend: Antwort des Bundesrates vom 26. Februar 2014 zu Nr. 13.4077]). Ihrer Verantwortung könne sich die Vergabestelle nicht mit dem Hinweis entziehen, der Bundesrat sei für die diesbezüglichen Abklärungen zuständig gewesen. Die Rechtmässigkeit eines Abbruchs spiele in dieser Konstellation keine Rolle, denn kausal für den Schaden sei die zuvor erwirkte treuwidrige Erweckung von Vertrauen (vgl. Entscheid der BRK vom 26. Januar 2001 in: VPB 65.77). Ausreichend sei, dass die Vergabestelle den Abbruchgrund bereits bei der Einleitung des Vergabeverfahrens bei pflichtgemässer Vorsicht hätte erkennen müssen. Da auch die übrigen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung erfüllt seien, sei ihr der Vertrauensschaden zu ersetzen.

E. 16.2

Die Vorinstanz hält in der Vernehmlassung an der angefochtenen Verfügung fest. In der Begründung legt sie im Wesentlichen dar, für den geltend gemachten Schadenersatz aus Vertrauensschutz müssten die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 VG erfüllt sein. Das Beschaffungsrecht sehe eine unmittelbare rechtssatzmässige Entschädigungspflicht bei einem rechtskonformen Verfahrensabbruch nach Art. 30 aVöB nicht vor. Auch im Falle eines Abbruches gelte der Grundsatz, wonach die Anbieterin keinen Anspruch auf eine Vergütung, insbesondere auch nicht für die Ausarbeitung des Angebots, habe (vgl. Art. 23 Abs. 1 aVöB). Schadenersatz aus Vertrauenshaftung im Falle eines Abbruches könne vielmehr nur gewährt werden, wenn bestimmte, der Vergabestelle anzulastende, treuwidrige Begleitumstände vorlägen. Anders als beim Entscheid der BRK vom 16. November 2001 (VPB 66.39) sei der vorliegende Abbruch rechtmässig. Gemäss der Lehrmeinung von Martin Beyeler sei bei der Prüfung der Vertrauenshaftung zu untersuchen, ob die von der Vergabestelle erfolgte Einleitung des Vergabeverfahrens eine treuwidrige Erweckung des Vertrauens der Beschwerdeführerin und damit eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG zu begründen vermöge (vgl. Martin Beyeler, Anmerkung zum Entscheid der BRK 2001-005 vom 16. November 2001 [VPB 66.39], in: BR 2002 S. 71 [nachfolgend: Beyeler, Anmerkungen zu VPB 66.39]). Eine Treuwidrigkeit sei dann zu bejahen, wenn das den Abbruch rechtfertigende öffentliche Interesse für die Vergabestelle bei der Einleitung des Verfahrens voraussehbar gewesen sei. Erst knapp zwei Wochen vor der Ausschreibung vom 21. Juni 2013, so die Vorinstanz in der weiteren Begründung, seien die ersten Medienberichte zu den Enthüllungen des Whistleblowers Edward Snowden in ausländischen, wenige Tage später auch in inländischen Tageszeitungen erschienen. Die Frage, ob die Vergabestelle bereits zu diesem Zeitpunkt konkrete Auswirkungen dieser Medienberichte auf die unmittelbar bevorstehende

Ausschreibung hätte voraussehen müssen, sei retrospektiv zu verneinen. Im unmittelbaren Zeitraum vor der Ausschreibung habe es sich um noch vage, bruchstückhafte und in der Sache unbewiesene Behauptungen eines ehemaligen Mitarbeiters des amerikanischen Nachrichtendienstes gehandelt. Im Lagebericht 2014 habe der NDB ausgeführt, dass stichhaltige Beweise für die Behauptungen von Edward Snowden zu einem guten Teil fehlen würden (S. 18 f.). Zudem sei vor der Ausschreibung am 21. Juni 2013 noch völlig im Dunkeln gewesen, ob die Schweiz von den kolportierten Spionagetätigkeiten US-amerikanischer und britischer Geheimdienste überhaupt und in welchen Bereichen betroffen sei. Dabei handle es sich um zentrale Fragen zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz, zu deren Beurteilung ohnehin nicht die Vergabestelle berufen gewesen sei. Auch dem Bundesrat sei es nicht möglich gewesen, schon Mitte Juni 2013 die Sicherheitslage für die Schweiz hinreichend einzuschätzen (vgl. Antwort des Bundesrates vom 10. Juni 2013 zu Nr. 13.5199). Vertiefte Abklärungen seien unvermeidlich gewesen, womit auch ein gewisser Zeitbedarf verbunden gewesen sei. Ein Zuwarten wäre der Vergabestelle nicht zuzumuten gewesen angesichts des dringenden Erneuerungsbedarfs bei der technischen Infrastruktur für die Datenkommunikation des Bundes sowie der damals rudimentären Faktenlage zu den Enthüllungen von Edward Snowden. In der Folgezeit seien beinahe täglich neue Details zu Spionagetätigkeiten der US-amerikanischen und britischen Geheimdienste in den Medien publiziert worden. Die Bedrohungslage für die Informations- und Kommunikationstechnik des Bundes durch nachrichtendienstliche Aktivitäten des Auslands hätten erst gegen Ende Herbst 2013 in groben Zügen und um die Jahreswende 2013/14 sicherheitstechnisch konkret eingeordnet werden können. Der zeitlich später ergangene Entscheid des Bundesrates vom 29. Januar 2014, ausländisch beherrschte Unternehmen vom laufenden Vergabeverfahren für Datentransportleistungen auszuschliessen, habe die Vergabestelle bei der Einleitung des Beschaffungsverfahrens nach Treu und Glauben nicht voraussehen können. Die Vergabestelle habe das Vergabeverfahren weder unsorgfältig vorbereitet noch leichtfertig eingeleitet. Die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz vermöge daher keine Haftung des Bundes zu begründen.

E. 17

Abschliessend ist zu prüfen, ob eventualiter ein Schadenersatzanspruch in Form des negativen Interesses gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG resp. den Vertrauensschutz in Frage kommt. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, es sei ihr berechtigtes Vertrauen enttäuscht worden, indem die Vergabestelle bei der Ausschreibung vom 21. Juni 2013 die Sicherheitsanforderungen des Projekts unsorgfältig abgeklärt und so den Verfahrensabbruch letztlich bewirkt habe. Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, zum Zeitpunkt der Ausschreibung seien die erhöhten Sicherheitsanforderungen für die Vergabestelle nach Treu und Glauben nicht voraussehbar gewesen.

E. 18.1

In der angefochtenen Verfügung bezieht sich die Vorinstanz vorrangig auf die Haftungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 VG sowie ergänzend auf folgende Lehrmeinung von Martin Beyeler.

E. 18.2

Martin Beyeler führt zur Vertrauenshaftung aus, dass jedes Vergabeverfahren eine Vertrauenslage schaffe: Die Anbieter nähmen die angebotsbezogenen Aufwendungen

insbesondere im Vertrauen darauf in Kauf, dass das Vergabeverfahren sorgfältig und korrekt eingeleitet worden sei, dahinter ernsthafte Vergabeabsichten stünden und das Vergaberecht korrekt angewendet werde. Zwar habe die Vergabestelle die Angebote in der Regel nicht zu vergüten (Art. 23 Abs. 1 aVöB). Eine Vertrauenshaftung der Vergabestelle wegen ihrer (öffentlich-rechtlichen oder vorvertraglicher) Treuepflichten und damit ein Ersatz zumindest der Angebotskosten rechtfertige sich aber in den Fällen, in denen das Vertrauen treuwidrig enttäuscht werde. Eine solche Haftung komme namentlich in Frage, wenn die Einleitung des Verfahrens leichtfertig erfolgt sei und das Verfahren später aufgrund unsorgfältiger Vorbereitung abgebrochen werden müsse. Durch treuwidrige Erweckung von Vertrauen löse die Vergabestelle eine (potenzielle) Haftpflicht aus, die sich alsdann im Abbruch des Verfahrens aktualisiere (Beyeler, Anmerkungen zu VPB 66.39, S. 71 mit Hinweisen).

E. 18.3

Im Rahmen des Staatshaftungsanspruches nach Art. 3 Abs. 1 VG kann diese Lehrmeinung indes nicht unesehen übernommen werden, sondern es sind die dort statuierten Voraussetzungen zu prüfen. Steht wie vorliegend ein reiner Vermögensschaden ohne gleichzeitigen Eingriff in ein absolutes Recht zur Diskussion (Handlungsunrecht), bedarf es insbesondere der Verletzung einer einschlägigen Schutznorm (vgl. vorstehend E. 3.2.1). Sollte die Vertrauenshaftung unmittelbar aus Art. 9 BV abgeleitet werden, müssen ebenfalls die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. vorstehend E. 5).

E. 19.1

Mit Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 erkannte das Bundesverwaltungsgericht, dass die Vergabestelle gegen die Pflicht von Art. 9 Abs. 2 aBöB zur Bekanntgabe der Vergabekriterien anlässlich der Ausschreibung verstossen habe (E. 2.7). Es ist demnach zu klären, ob diese Bestimmung eine Schutznorm im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG bildet, d.h. ob sie dem Zweck dient, die Beschwerdeführerin vor dem hier geltend gemachten Vermögensschaden zu schützen.

E. 19.2

Die Bestimmung des Schutzzwecks einer Rechtsnorm erfolgt durch Auslegung, wobei zwischen dem Zweck einer Norm und deren Wirkung(en) zu unterscheiden ist (vgl. vorstehend E. 3.2.1). Ziel der Auslegung ist es, den Sinngehalt einer Norm zu ermitteln. Ausgangspunkt ist der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element). Ist dieser nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt, so ist auf die weiteren Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historisches Element), ihren Sinn und Zweck (teleologisches Element) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (systematisches Element). Dabei ist einem pragmatischen Methodenpluralismus zu folgen (vgl. BGE 142 II 399 E. 3.3, 139 II 173 E. 2.1; BVGE 2017 IV/5 E. 3.4.3; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 25 Rz. 2 ff.; je mit Hinweisen).

E. 19.3

Gemäss dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 aBöB gibt die Vergabestelle die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt. Dem Wortlaut in allen drei Amtssprachen lässt sich nicht mit der nötigen Deutlichkeit entnehmen, wie es sich mit dem Schutzzweck im

Einzelnen verhält. Es sind daher die weiteren Auslegungskriterien heranzuziehen. Durch die Pflicht zur Bekanntgabe der Vergabekriterien bereits anlässlich der Ausschreibung 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 Anbieterin in die ihr gegenüber bekanntgegebenen "Spielregeln des Verfahrens" geschützt werden. Insofern stellt Art. 9 Abs. 2 aBöB auch eine spezialgesetzliche Konkretisierung des verfassungsmässigen Anspruchs der Anbieterin dar, dass staatliche Organe ihr gegenüber nach Treu und Glauben handeln (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV; vgl. Urteil des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 3.7). Zur teleologischen Auslegung ist damit festzuhalten, dass Art. 9 Abs. 2 aBöB der Transparenz sowie der Verwirklichung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Vergabeverfahren dient. Nicht ersichtlich ist hingegen, dass diese Norm zusätzlich bezweckt, die finanziellen Aufwendungen der Anbieterin im Rahmen der Offertstellung unmittelbar zu schützen. Den Materialien sind soweit erkennbar keine weiterführenden Hinweise zu der sich hier stellenden Auslegungsfrage zu entnehmen. Unter gesetzssystematischem Blickwinkel ist schliesslich zu beachten, dass im Vergaberecht grundsätzlich kein Vergütungsanspruch für die Ausarbeitung des Angebots besteht (vgl. Art. 23 Abs.1 aVöB; Galli et al., a.a.O., Rz. 400 mit Hinweisen). Abweichungen von diesem Grundsatz sind weitestgehend spezialgesetzlich geregelt, namentlich in der zuvor behandelten Haftungsnorm von Art. 34 Abs. 1 aBöB, welche subsidiär zum primären Rechtsschutz Anwendung findet (vgl. vorstehend E. 4.3 und E. 14 f.).

E. 19.4

Vorliegend ergeben die einzelnen Auslegungselemente keine hinreichenden Anhaltspunkte, dass die Bestimmung von Art. 9 Abs. 2 aBöB dazu dient, die vermögensrechtlichen Interessen der Anbieterin im Zusammenhang mit der Offertstellung generell abzusichern. Vielmehr spricht gerade das systematische Element gegen eine weite Auslegung des Schutzzwecks. Zweifellos trägt Art. 9 Abs. 2 aBöB dazu bei, die Anbieterin nicht zuletzt auch vor vergeblichen finanziellen Aufwendungen bei der Offertstellung zu schützen. Dies stellt jedoch eine bloss tatsächliche Reflexwirkung dar, welches noch nicht genügt, um das Vorliegen einer haftungsbegründenden Schutznorm zu bejahen. Gestützt auf eine Gesamtbeurteilung der einzelnen Auslegungselemente kann nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 9 Abs. 2 aBöB den Charakter einer Schutznorm im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG zukommt, was den hier geltend gemachten Vermögensschaden der Beschwerdeführerin betrifft.

E. 20.1

Ferner wird im Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016 dargelegt, dass die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebene Zuschlagskriterien gegebenenfalls eine Vertrauensgrundlage bilden könnten. Diese Frage könne sich jedenfalls dann stellen, wenn die betreffende Anbieterin gemäss diesen Kriterien den Zuschlag hätte erhalten müssen. Der verfassungsmässige Grundsatz von Treu und Glauben hätte von der Vergabestelle 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 (E. 3.7). Vorliegend braucht indes nicht abschliessend geklärt zu werden, ob der

verfassungsrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben als mögliche Schutznorm im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG zu qualifizieren ist oder ob sich allenfalls direkt gestützt auf Art. 9 BV ein Haftungsanspruch aus Vertrauensschutz in Bezug auf den Offertaufwand ergeben könnte (vgl. vorstehend E. 5). Denn die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass im vorliegenden Fall der geltend gemachte Schadenersatzanspruch schon an den Voraussetzungen des Vertrauensschutzes scheitert.

E. 20.2

Unstrittig ist, dass die ersten Medienberichte zu den Enthüllungen des ehemaligen Mitarbeiters des amerikanischen Nachrichtendienstes Edward Snowden sowie die ersten parlamentarischen Vorstösse hierzu zeitlich vor der Ausschreibung vom 21. Juni 2013 datieren. Auch ist im Grunde unbestritten, dass der NDB schon in den Lageberichten ab 2010 in genereller Weise auf mögliche Spionagetätigkeiten durch ausländische Geheimdienste und auf die zunehmende Gefahr durch Cyberspionage hingewiesen hat (vgl. Urteil des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 3.4). Des Weiteren hielt der Bundesrat am 26. Februar 2014 und damit zeitlich nach dem Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 fest, dass er derzeit zu mutmasslichen Tätigkeiten US-amerikanischer Nachrichtendienste keine gesicherten Angaben machen könne (Antwort des Bundesrates vom 26. Februar 2014 zu Nr. 13.4077]). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin lässt sich aus dieser Chronologie der Ereignisse jedoch noch nicht ableiten, dass die Vergabestelle den späteren Verfahrensabbruch bei gebotener Sorgfalt hätte voraussehen können. In der angefochtenen Verfügung wird schlüssig und detailliert dargetan, dass zum Ausschreibungszeitpunkt vom 21. Juni 2013 die Dynamik der weiteren Entwicklung noch nicht mit der nötigen Bestimmtheit absehbar war. Wie von der Vorinstanz anhand von Zeitungsberichten und weiteren Materialien im Einzelnen begründet, waren zum damaligen Zeitpunkt die Enthüllungen von Edward Snowden in ihrem Ausmass sowie in ihrer Auswirkung auf das konkrete Vergabeprojekt weder hinreichend bekannt noch verifiziert. Der damals verfügbare Kenntnisstand zum Schutzbedarf der Informations- und Kommunikationstechnik des Bundes war deshalb noch nicht mit demjenigen vergleichbar, den der Bundesrat am 29. Januar 2014 dazu bewog, den Ausschluss ausländisch beherrschter Unternehmen vom laufenden Beschaffungsverfahren für Datentransportleistungen anzuordnen. Auf diese zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen kann verwiesen werden. Zudem wird von der Vorinstanz nachvollziehbar aufgezeigt, dass zum Ausschreibungszeitpunkt es auch unverhältnismässig gewesen wäre, das Vergabeverfahren zu verschieben, zumal der Erneuerungsbedarf bei der technischen Infrastruktur der Datenkommunikation des Bundes als dringend eingestuft worden war. Auch soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, dass der Bundesrat am 26. Februar 2014 anlässlich der Beantwortung der Interpellation Nr. 13.4077 keine gesicherten Angaben zu mutmasslichen Tätigkeiten US-amerikanischer Nachrichtendienste machen konnte, ist ihr nicht zu folgen. Dieser doch sehr allgemein gehaltenen Aussage des Bundesrates lässt sich nicht entnehmen, welche erhöhten Sicherheitsanforderungen der Vergabestelle knapp ein Dreivierteljahr zuvor zum Ausschreibungszeitpunkt vom 21. Juni 2013 tatsächlich schon bekannt waren oder bei gehöriger Sorgfalt hätte bekannt sein müssen.

E. 20.3

Mit der Vorinstanz ist demzufolge einig zu gehen, dass die Vergabestelle die Ausschreibung des Beschaffungsvorhabens nicht leichtfertig oder unsorgfältig eingeleitet

hat. Den zeitlich später ergangene Entscheid des Bundesrates konnte die Vergabestelle nach Treu und Glauben nicht vor-aussehen.

E. 21

Aus den vorangegangenen Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz den Eventualantrag der Beschwerdeführerin, es sei ihr Schadensersatz in Form des negativen Interesses zuzusprechen, zu Recht abgewiesen hat. Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet. Ausgang des Beschwerdeverfahrens

E. 22

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Haupt- und das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin als unbegründet zu erachten sind. Die Beschwerde ist daher insgesamt abzuweisen. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 23.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Kosten für das Beschwerdeverfahren in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die vorliegende Streitigkeit ist eine solche mit Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 15'000.- festzusetzen und der unterliegenden Beschwerdeführerin zur Bezahlung aufzuerlegen. Der Betrag ist dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen.

E. 23.2

Die Beschwerdeführerin unterliegt, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Ebenso wenig hat die obsiegende Vorinstanz einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.