Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-3238/2021

Zwischenentscheid vom 18. Oktober 2021

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiberin Sabine Büttler,

In der Beschwerdesache

Parteien

Google Commerce Ltd.,
70 Sir John Rogerson's Quay, IE- Dublin 2,
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. Gregor Bühler,
Andreas Burger und Dr. iur. Florian Brunner,
Homburger AG,
Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst,
Fellerstrasse 21, 3003 Bern,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb und Dr. iur. Martin Zobl,
Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Zuschlag betreffend das Projekt "(20007) 608 Public Clouds Bund"
(SIMAP-Meldungsnummer 1202937; Projekt-ID 204859),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

A.a Am 7. Dezember 2020 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "(20007) 608 Public Clouds Bund" (Projekt-ID 204859) einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 1136825), wobei der Termin für schriftliche Fragen auf den 12. Januar 2021 festgelegt wurde. Als Bedarfsstelle war vorliegend das Informatiksteuerungsorgan des Bundes ISB vorgesehen. Dieses wurde indessen per 1. Januar 2021 durch den Bereich Digitale Transformation und IKT Lenkung abgelöst (https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/digitale-transformation-ikt-lenkung.html, zuletzt besucht am 14. September 2021). Gemäss Ziffer 2.6 werden maximal fünf Cloud Service Provider für die Lieferung von Public Cloud Services gesucht. Die Zuschlagsempfänger sollen einen umfangreichen Servicekatalog bieten, dessen Mindestanforderungen in Ziffer 2.6 definiert sind. Die Dienstleistungserbringung wird an Standorten der Schweizer Bundesverwaltung und weltweit erfolgen (Ziffer 2.7). Gemäss Ziffer 2.9 besteht die Möglichkeit von Optionen, wobei die Leistungen insgesamt so ausgeschrieben werden, dass sich aus den abzuschliessenden maximal fünf Rahmenverträgen keine Bezugspflicht des Auftraggebers ergibt (Ziffer 2.6). Varianten und Teilangebote sind nicht zugelassen (Ziffern 2.11 und 2.12). Der abzuschliessende Vertrag soll vom 1. September 2021 bis zum 31. August 2026 – ohne Möglichkeit einer Verlängerung – laufen (Ziffer 2.8). Unter dem Eignungskriterium EK03 "Leistungsstandorte" wurde vorgegeben, dass die Anbieter über Rechenzentren auf mindestens drei Kontinenten (inkl. Europäischem Wirtschaftsraum) verfügen müssen und ihre Public Cloud Services einer internationalen Kundschaft zur Verfügung stellen. Des Weiteren ist in Bezug auf die Rechenzentren das mit 10 Prozent gewichtete Zuschlagskriterium ZK02 "RZ-Standorte Schweiz" statuiert. Für Anbieter aus den dem WTO Government Procurement Agreement nicht angehörenden Ländern werden keine Voraussetzungen definiert (Ziffer 4.1).

A.b In der Folge gingen fristgerecht acht Angebote ein, von denen sechs evaluiert wurden. Darunter befanden sich unter anderem dasjenige der Google Commerce Ltd., Irland, und jenes der E._____ Ltd., (Sitz).

A.c Im Anschluss an die Offertöffnung vom 11. Februar 2021 wurde den Anbieterinnen Google Commerce Ltd., E._____ Ltd., C._____ GmbH, D._____ GmbH und B._____ SARL mit Schreiben vom 19. März 2021 seitens der Vergabestelle die Gelegenheit gegeben, ihr Angebot zu bereinigen. Für die erforderlichen Bereinigungen wurde den Anbieterinnen Frist bis zum 31. März 2021 eingeräumt. Die geforderten Ergänzungen wurden allesamt innert Frist eingereicht.

A.d Die Zuschläge vom 14. Juni 2021 an die A._____ AG (Sitz), die B._____ SARL (Sitz), die C._____ GmbH (Sitz), die D._____ GmbH (Sitz) und E._____ Ltd. (Sitz) (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen bzw. Zuschlagempfängerin 5 für E._____ Ltd. im Speziellen) wurden am 24. Juni 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1202937) publiziert. In Ziffer 4.4 der Zuschlagsverfügung wird präzisiert, dass die Ausschreibung ohne Mindestabnahmemenge erfolgt und nur optionale Leistungen zugeschlagen werden. Mittels Abrufverfahren werde höchstens das in der Ausschreibung publizierte maximale Beschaffungsvolumen im Gesamtwert von CHF 110 Mio. (ohne MWSt.) abgerufen.

A.e Mit "schriftlichem Debriefing" vom 28. Juni 2021 erteilte die Vergabestelle auf Ersuchen der nichtberücksichtigten Anbieterin Google Commerce Ltd. ergänzende Auskünfte, namentlich betreffend das Evaluationsergebnis (Beschwerdebeilage 8).

B.

B.a Mit Eingabe vom 13. Juli 2021 gelangte Google Commerce Ltd. (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Beschwerde gegen die am 24. Juni 2021 publizierte Zuschlagsverfügung vom 14. Juni 2021 an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgendes Rechtsbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle bzw. der Beschwerdegegnerinnen:

> "1. Es sei die Nichtigkeit der in der Vergabe (20007) 608 Public Clouds Bund (Projekt-ID 204859) erfolgten Zuschläge an die Beschwerdegegnerinnen 1-5 festzustellen und es sei die Sache zur Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens an die Vergabestelle zurückzuweisen.
>
> 2. Eventualiter sei der in der Vergabe (20007) 608 Public Clouds Bund (Projekt-ID 204859) erfolgte Zuschlag an die Beschwerdegegnerin 5 aufzuheben und es sei dieser Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

3. Subeventualiter sei der in der Vergabe (20007) 608 Public Clouds Bund (Projekt-ID 204859) erfolgte Zuschlag an die Beschwerdegegnerin 5 aufzuheben und es sei das Verfahren an die Vergabestelle zurückzuweisen unter der Anweisung, diesen Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

4. Subsubeventualiter sei festzustellen, dass der an die Beschwerdegegnerin 5 erfolgte Zuschlag rechtswidrig ist."

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (vorab superprovisorisch) zu erteilen (Verfahrensantrag 1). Weiter sei der Beschwerdeführerin umfassende Akteneinsicht zu gewähren (Verfahrensantrag 2) und nach Gewährung der Akteneinsicht Frist zur Beschwerdeergänzung bzw. ein zweiter Schriftenwechsel anzusetzen (Verfahrensantrag 3). Schliesslich seien die von ihr entsprechend bezeichneten Beilagen vertraulich zu behandeln (Verfahrensantrag 4).

B.b Die Beschwerdeführerin rügt zum einen die Nichtigkeit der Zuschläge bzw. des Vergabeverfahrens. Ein konkreter Beschaffungsgegenstand sei weder ausgeschrieben noch zugeschlagen worden. Es gehe – entgegen dem Projekttitel – nicht nur um Dienstleistungen im Bereich des Cloud-Computing (Beschwerde, Rz. 13 f.). Weiter habe die Vergabestelle ein Verfahren konzipiert, in welchem die konkreten künftigen Aufträge erst noch definiert und in einem Abrufverfahren vergeben werden (Beschwerde, Rz. 3 und Rz. 25 ff.). So werde im Pflichtenheft explizit auf den Umstand hingewiesen, dass bezüglich Bedarfsbestimmung noch bundesinterne Abstimmungen laufen würden (Beschwerde, Rz. 22). Rechtsschutz (meint: in den für den Leistungsabruf konzipierten Mini-Tender-Verfahren) sei nicht vorgesehen (Beschwerde, Rz. 3). Auch sei die Preisregelung, welche gemäss Ziffer 8.1 des Pflichtenheftes als wesentliches Vertragselement in die Rahmenverträge aufgenommen werden soll, derart gestaltet, dass die Preislisten jederzeit veränderbar seien (Beschwerde, Rz. 24). Eine Anbieterin dürfe also nach Erhalt des Zuschlages Preislistenänderungen vornehmen. Angesichts dessen seien mit dem Zuschlag noch nicht alle essentialia negotii des Beschaffungsvertrages festgelegt. Weder sei der Gegenstand, noch der Preis der zukünftigen Aufträge zum Zeitpunkt des Zuschlages bestimmt (Beschwerde, Rz. 24). Im Ergebnis führe dies dazu, dass die Vergabestelle im Rahmen des informationstechnologisch nahezu unlimitierten Beschaffungsgegenstandes in den nächsten fünf Jahren Aufträge bis zum Wert von Fr. 110 Mio. freihändig vergeben könne. Das vorgesehene Verfahren heble damit das öffentliche Beschaffungswesen faktisch

aus und verletze in schwerwiegender Weise die grundlegenden vergaberechtlichen Prinzipien (Transparenz, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb). Die Zuschläge seien daher nichtig (Beschwerde, Rz. 55 ff.).

B.c Weiter rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 "RZ-Standorte Schweiz". Sie bemängelt, dass die Vergabestelle unberücksichtigt liess, dass die Beschwerdeführerin – je nach Definition der Geo-Redundanz – bereits heute ein geo-redundantes Rechenzentrum in der Schweiz betreibe bzw. dies spätestens bis Ende Dezember 2023 tun werde. Damit stünden der Beschwerdeführerin von den möglichen 10 Punkten die volle Punktzahl, mindestens jedoch die Hälfte, zu. Angesichts des bisherigen Punktunterschiedes von rund 2 Punkten würde die Beschwerdeführerin damit die fünftplatzierte Zuschlagsempfängerin überholen, und der Zuschlag wäre stattdessen ihr zuzusprechen.

B.d Zur aufschiebenden Wirkung trägt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, dass der Erteilung derselben keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstünden (Beschwerde, Rz. 88 ff.). Vielmehr verlange das öffentliche Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz und an der Einhaltung des objektiven Rechts gerade, dass die aufschiebende Wirkung erteilt werde (Beschwerde, Rz. 88). Umgekehrt bestehe keine besondere Dringlichkeit in Bezug auf die submissionsrechtswidrige Weiterführung des Vergabeprozesses und den Abschluss der Rahmenverträge, zumal die konkreten Aufträge der Bedarfsträger ohnehin noch nicht definiert seien (Beschwerde, Rz. 90).

C.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 15. Juli 2021 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin bis zum 2. August 2021 Stellung zu nehmen. Den Zuschlagsempfängerinnen wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, innert gleicher Frist ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen. Schliesslich wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, bis zum 9. August 2021 einen Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

D.
Während die C._____ GmbH stillschweigend auf die Teilnahme am Verfahren verzichtet hat, haben die anderen Zuschlagsempfängerinnen zwar keine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin eingereicht, aber eine materielle Stellungnahme im Hauptverfahren ausdrücklich vorbehalten.

E.

E.a Mit Eingabe vom 23. August 2021 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist ein. Sie stellt folgendes Rechtsbegehren unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin:

> "1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
>
> 2. Eventualiter, soweit der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin 5 (Rechtsbegehren-Ziff. 2 der Beschwerdeführerin) aufgehoben wird, sei die Sache zur weiteren Bereinigung aller Angebote an die Vorinstanz zurückzuweisen."

Weiter stellt sie folgende prozessualen Anträge:

> "1. Die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei wieder zu entziehen.
>
> 2. Über den Antrag der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht sei im Hauptverfahren zu entscheiden; eventualiter seien der Beschwerdeführerin die Vergabeakten nur unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen der übrigen Anbieterinnen zuzustellen."

E.b Materiell hält die Vergabestelle fest, dass sich die in der Beschwerdeschrift beanstandeten Bedingungen im Wesentlichen bereits aus der Ausschreibung selbst ergeben haben (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 1, Rz. 5). Weitere Vorgaben seien, wie zum Beispiel die Konzeption des Abrufverfahrens, ohne Weiteres bei der ersten Lektüre des konzisen Pflichtenhefts erkennbar gewesen. Daher erfolgten die Rügen sowohl zur Ausschreibung als auch zu den Ausschreibungsunterlagen verspätet und seien verwirkt. Indem die Beschwerdeführerin ihre Rügen nicht bereits früher vorgebracht habe, verstosse sie zudem gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Doch selbst wenn die Rügen der Beschwerdeführerin zu hören wären, so seien sie nicht derart schwerwiegend, dass sie die Nichtigkeit und Wiederholung

des gesamten Verfahrens zur Folge hätten (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 5 f.). Entsprechend rüge die Beschwerdeführerin hilfsweise die Bewertung ihres Angebotes im Rahmen des Zuschlagskriteriums ZK02. Jedoch sei darauf hinzuweisen, dass aus dem Angebot der Beschwerdeführerin hervorgehe, dass auch sie die Erfüllung des Zuschlagskriteriums als nicht erfüllt betrachtet habe. Weiter habe sie im Angebot selber bestätigt, dass das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit der Information nicht erfüllt sei. Entsprechend sei die Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK02 nicht zu beanstanden. Zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde sei der Antrag auf aufschiebende Wirkung daher abzuweisen.

E.c Im Rahmen der Interessensabwägung macht die Vergabestelle insbesondere geltend, sie sei auf die rasche Nutzung der ausgeschriebenen Dienste angewiesen (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.2, Rz. 136 ff.). So seien viele der im Servicekatalog aufgeführten Dienste für den Weiterbetrieb ihrer Infrastruktur teilweise bereits ab Oktober 2021 dringend nötig (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.2, Rz. 136). Als Beispiel führt die Vergabestelle die Fachleistungen von swisstopo im Bereich Geoinformation auf, deren Weiterbetrieb des im "Public Cloud" betriebenen Portals "geo.admin.ch" infolge der aufschiebenden Wirkung verunmöglicht wurde, was nicht absehbare Folgen für die schweizerische Bevölkerung hätte (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.2, Rz. 138). Auf die Geodaten des Bundes würden nämlich nebst Privatpersonen auch unzählige Verwaltungsstellen und Unternehmen, einschliesslich solcher, die in den Bereichen Sicherheit, Bevölkerungs- und Katastrophenschutz tätig sind, zugreifen. Der Schaden bei einer Abschaltung dieses Portals wäre unermesslich. Ausserdem ergebe sich die Dringlichkeit aufgrund von im Rahmen der Bekämpfung der Covid-Pandemie erforderlichen Public Cloud-Diensten (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.2, Rz. 138 f.).

E.d Zur beantragten Akteneinsicht hält die Vergabestelle namentlich in Bezug auf die Bewertungsrüge betreffend das ZK02 fest, dass der Beschwerdeführerin im schriftlichen Debriefing die Bewertungen aller Angebote offengelegt worden seien, sodass ihr im Zeitpunkt des Zwischenverfahrens über die aufschiebende Wirkung bereits sämtliche Informationen zur Verfügung stehen würden, um ihre Beschwerde rechtsgenügend zu substantiieren (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 14). Dementsprechend lautet der Hauptantrag der Vergabestelle

dahingehend, dass über den Entscheid der Gewährung der Akteneinsicht im Hauptverfahren zu entscheiden sei.

E.e Gleichzeitig mit der Stellungnahme vom 23. August 2021 reichte die Vergabestelle die Verfahrensakten in zwei Versionen ein: eine ungeschwärzte Version zuhanden des Gerichts und eine geschwärzte Version zuhanden der Verfahrensparteien. In der geschwärzten Version zuhanden der Verfahrensparteien wurde zusätzlich bei einzelnen Akten zwischen Exemplaren zuhanden der Beschwerdeführerin und Exemplaren zuhanden der weiteren Verfahrensbeteiligten unterschieden.

F.

F.a Mit Verfügung vom 25. August 2021 wurde der Beschwerdeführerin im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung die Gelegenheit eingeräumt, eine auf die Interpretation des Zuschlagskriteriums ZK02 "RZ-Standorte Schweiz" und die Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin anhand desselben sowie auf die Interessenabwägung (seitens der Vergabestelle geltend gemachte Dringlichkeit) beschränkte Replik einzureichen.

F.b Mit Verfügung vom 25. August 2021 wurden der Beschwerdeführerin die Beilagen zur Stellungnahme vom 23. August 2021 sowie die Vergabeakte bezüglich der Offertbereinigungen (Register 5) in der ihr gemäss Vergabestelle zustellbaren, d.h. teilweise geschwärzten Version zugestellt.

F.c Mit elektronischem Vorabversand vom 27. August 2021 wurde der Beschwerdeführerin nach erteilter Zustimmung durch die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin 5 der Evaluationsbericht (Beilage 12 der Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021) in teilweise abgedeckter Form (gemäss gerichtlichem Abdeckungsvorschlag vom 25. August 2021 betreffend die Bewertung der Offerte der Zuschlagsempfängerin 5 unter dem Zuschlagskriterium ZK 02) zugestellt.

G.

Mit Eingabe vom 6. September 2021 (vorab in elektronischer Form) replizierte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist zur Argumentation der Vergabestelle bezüglich Dringlichkeit und Interessensabwägung. Sie bestätigt ihre Rechtsbegehren und führt zur Hauptsachenprognose bezüglich der Bewertung des Zuschlagskriteriums 02 ergänzend aus, dass die fünftplatzierte Zuschlagsempfängerin im Angebot unwahre Angaben gemacht habe und daher gemäss Art. 11 lit. b aBöB vom Vergabeverfahren

hätte ausgeschlossen werden müssen. Daher stehe der Beschwerdeführerin bereits aus diesem Grund der entsprechende Zuschlag zu. Weiter bestreitet sie die von der Vergabestelle behauptete zeitliche Dringlichkeit. So sie denn überhaupt existiere, habe die Vergabestelle diese selbst zu verantworten, da sie in ihrem Zeitplan offenkundig kein Rechtsmittelverfahren eingerechnet habe (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 43).

H.
Mit Verfügung vom 7. September 2021 wurde der Schriftenwechsel im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung geschlossen.

I.
Die Vergabestelle reichte am 15. September 2021 erneut eine Stellungnahme ein und beantragte insbesondere, es sei ihr vorsorglich zu erlauben, zugunsten von swisstopo bzw. der Geodaten-Infrastruktur des Bundes Cloud-Leistungen von B._____ SARL zu beziehen. Soweit diese Anträge superprovisorisch gestellt waren, wurde das entsprechende Begehren mit Verfügung vom 16. September 2021 abgewiesen.

J.
Nach Eingang der auf Nichteintreten bzw. Abweisung des Begehrens der Vergabestelle lautenden Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 17. September 2021 entsprach der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 20. September dem Begehren der Vergabestelle und erlaubte den Leistungsbezug wegen Dringlichkeit im beantragten Umfang.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Am 1. Januar 2021 ist das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörende Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]) in Kraft getreten. Gemäss Art. 62 BöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (vgl. Urteil des BVGer

B-1565/2021 vom 15. Juni 2021 S. 3 f. "Mangelanlage Wäscherei"). Folglich ist auf das hier zu beurteilende, mit Ausschreibung vom 7. Dezember 2020 eingeleitete Verfahren das alte Recht anwendbar (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [aBöB, AS 1996 508 ff.] und Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [aVöB; AS 1996 518 ff. bzw. AS 2009 6149 ff.]).

1.2 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und Bst. d aBöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

1.3 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das aBöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.4 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen).

2.

2.1 Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 aBöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 aBöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

2.2 Das aBöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind.

Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im aBöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen).

2.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in

BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei − insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609 ff.]) − die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E: 3.3 "Mobile Warnanlagen").

3.
In einem ersten Schritt ist prima facie zu prüfen, ob die strittige Vergabe in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen fällt.

3.1 Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA 1994 unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.1 "Produkte zur Innenreinigung II"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

3.2 Als Bundesamt ist die Vergabestelle Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA).

3.3 Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b aBöB bezeichnet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen

Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen − Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 aVöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur aVöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA 1994, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die aVöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih", je mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1228 mit Hinweisen). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA 1994 ist die Zentrale Produkteklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle hat unter den Common Procurement Vocabulary-Referenznummern (CPV-Nummer) "72000000 – IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese entspricht prima facie einer der Gruppe 84 ("IT services: consulting, software development, internet and support") zuzuordnenden Dienstleistung, welche vom Anhang I Annex 4 zum GPA bzw. vom Anhang 1a zur aVöB erfasst wird. Demnach fällt die Dienstleistung prima facie in den sachlichen Anwendungsbereich des aBöB (vgl. Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise amtlich publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 1.6 "Publicom"; vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012 [hiernach: BEYELER, Geltungsanspruch], Rz. 1050, 1059 und 1131 ff.). Die Vergabestelle macht denn auch nicht geltend, dass die nachgefragte Dienstleistung dem aBöB nicht untersteht.

3.4 Das geschätzte Auftragsvolumen von maximal 110 Mio. Franken (vgl. Ziffern 3.2 und 4.4 des Zuschlages) liegt deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b aBöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101).

3.5 Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Auch findet das aBöB auf das Angebot der Beschwerdeführerin mit Sitz in der Europäischen Union, welche der Schweiz Gegenrecht gewährt, gemäss Art. 4 lit. a aBöB Anwendung. Damit fällt die angefochtene Ausschreibung prima facie in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Entsprechend ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache prima facie zuständig.

3.6

3.6.1 Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteile des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.4 "Betankungsanlagen" und B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten").

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri") genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Die unterlegene Anbieterin ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten.

3.6.2 Im vorliegenden Fall beantragt die im sechsten Rang platzierte Beschwerdeführerin, es sei die Wiederholung des Vergabeverfahrens anzuordnen bzw. eventualiter sei der Zuschlag an die fünftplatzierte Zuschlagsempfängerin aufzuheben und stattdessen ihr zu erteilen. Insbesondere rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung im ZK02, wobei sie eine

Besserbewertung ihres Angebots um 5 bzw. 10 Punkte verlangt, da ihr Angebot jene Anforderungen erfüllt, welche die Bewertung mit der Maximalpunktzahl begründen, mindestens jedoch jene Anforderungen, welche die Vergabe von 5 Punkte begründen (vgl. Pflichtenheft, Ziff. 5.1 i.V. Anhang 1 Anforderungskatalog, S. 10). Damit sei ihr Angebot mit 10, mindestens jedoch mit 5 zusätzlichen Punkten zu bewerten. Angesichts des Umstands, dass der Unterschied zur Fünftplatzierten lediglich 2 Punkte beträgt, ist der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht bereits deshalb abzuweisen, weil auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit nach wegen fehlender Legitimation nicht eingetreten werden kann.

3.7 Im Übrigen wurde die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

4.

4.1 Die Vergabestelle beanstandet vorab, die Rügen der Beschwerdeführerin würden sich mehrheitlich auf angebliche Mängel des Vergabeverfahrens bzw. die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen beziehen, wobei diese (im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags) nicht mehr vorgebracht werden könnten, wenn deren Bedeutung und Tragweite ohne Weiteres erkennbar seien. Dies gelte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (zum kantonalen Recht) auch für die Ausschreibungsunterlagen. Damit seien die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin verspätet und verwirkt; ihre Geltendmachung im Rahmen der Zuschlagsanfechtung verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. So folge in Vergabesachen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben die Obliegenheit der Anbieterinnen, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 82 f.). Mit Verweis auf die Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts, wonach eine solche Obliegenheit namentlich bei offensichtlichen Mängeln anzunehmen sei, treffe dies auch auf den vorliegenden Fall zu, in dem gerügt werde, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 84). Auch bejahe das Bundesgericht (zum kantonalen Vergaberecht) eine Fragepflicht der Anbiete-

rinnen bei unklaren Ausschreibungsunterlagen, anderenfalls sie ihr Beschwerderecht verwirke (Urteil des BGer 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004, E. 3.3).

4.2 Einwände, welche die Ausschreibung selbst betreffen, können auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 "Produkte zur Innenreinigung I"; Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 3.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2"). Soweit die seitens der Beschwerdeführerin behaupteten Mängel also ohne Weiteres bereits aus der Ausschreibung erkennbar waren, erweisen sich die im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerin prima facie tatsächlich als offensichtlich verspätet. Deswegen greift die Beschwerdeführerin auch zum Argument der Nichtigkeit, um allfällige Mängel der Ausschreibung einer Überprüfung zuzuführen.

4.3 Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"). Es ist insoweit unbestritten, dass diese Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nicht derjenigen des Bundesgerichts zu Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene entspricht, indem sie die Anbieterinteressen etwas höher gewichtet. Folgerichtig ergibt sich nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass jede "verspätete", also gegenüber der Vergabestelle nicht erhobene Rüge – unabhängig von ihrer Art – offensichtlich verwirkt wäre (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"). Diese von der Vergabestelle regelmässig kritisierte Praxis hat das Bundesverwaltungsgericht zuletzt mit Urteil B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2" (E. 3.3) noch einmal ausführlich begründet und bestätigt. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass – soweit im Rahmen der Bewertungsrüge zu ZK02 der im Anforderungskatalog (Anhang 1 zum Pflichtenheft, S. 10) enthaltene Satz "Der Anbieter zeigt *anhand einer der Öffentlichkeit zugänglichen Information* (Hervorhebung durch das Gericht) die entsprechende Roadmap auf." beanstandet wird – die entsprechende Rüge nicht offensichtlich verspätet ist,

was Voraussetzung wäre, um das Gesuch auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit der von der Vergabestelle beantragten Begründung ohne materielle Prüfung (vgl. dazu E. 6.4.3 hiernach) abzuweisen. Indessen sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit Art. 53 Abs. 2 des per 1. Januar 2021 in Kraft getretenen BöB die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausdrücklich auch für Bundesvergaben massgeblich erklärt. Nach hier anwendbarem altem wie auch nach geltendem Vergaberecht sind die Ausschreibungsunterlagen als solche aber jedenfalls kein selbständiges Anfechtungsobjekt (Art. 53 Abs. 1 BöB; Urteil des BVGer B-3970/2019 vom 20. Februar 2020 E. 2.3.1 "Sonderabfälle"; MARCO FETZ/ MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes, in: Cottier/ Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, Basel 2020, S. 560 ff., Rz. 115a; anderer Meinung möglicherweise MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zürich 2020, Rz. 373).

4.4 Richtig ist aber auch, dass der Sinn der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht der ist, dass gestützt auf diese im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags ohne vorherige Rüge gegenüber der Vergabestelle eine flächendeckende Rechtskonformitätskontrolle in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen ermöglicht werden soll, die in Bezug auf die unangefochten gebliebene Ausschreibung ausdrücklich ausgeschlossen ist. Dies würde letztlich auf eine Umgehung der aus Art. 29 aBöB hergeleiteten Grundsätze zum Rechtsschutz, wie sie das Bundesverwaltungsgericht beschrieben hat (BVGE 2014/14 E. 4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"), hinauslaufen. Dementsprechend gebietet es die Verfahrensökonomie nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 mit Hinweisen "Produkte zur Innenreinigung I"). Damit kann sich die Beschwerdeführerin im Ergebnis ebenso wenig auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stützen, wie die Vergabestelle, die sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung beruft, um die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anzugreifen. Indessen erhebt die Beschwerdeführerin sowohl in Bezug auf die Ausschreibung als auch auf die Ausschreibungsunterlagen Nichtigkeitsrügen, auf welche im Folgenden näher einzugehen sein wird.

5.

5.1 Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin lautet auf Feststellung der Nichtigkeit der Zuschlagsverfügungen im vorliegend zu beurteilenden Vergabeverfahren. Es wird beantragt, die Sache sei zur Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe beziehen sich indessen nicht auf die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien, sondern auf in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen gemachte Vorgaben. Damit wird der Sache nach begriffsnotwendig auch die Feststellung der Nichtigkeit der Ausschreibung und damit verbunden eine Neuausschreibung verlangt.

5.2 Die Vergabestelle begründet ihren Antrag, es sei die der Beschwerde superprovisorisch erteilte Beschwerde wieder zu entziehen, namentlich mit der fehlenden Nichtigkeit der Ausschreibung. Die Nichtigkeitsfolge komme nur bei ganz gewichtigen und offensichtlichen Verfahrensfehlern überhaupt in Frage, und auch dann nur, wenn sie mit dem Rechtssicherheitsgebot vereinbar sei. Im vorliegenden Fall versuche die Beschwerdeführerin lediglich den Umstand zu überspielen, dass die Rügen verspätet und rechtswidrig vorgebracht worden und daher verwirkt seien (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 62 und 64).

5.3 Nach der Rechtsprechung sind fehlerhafte Verwaltungsakte in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtskräftig. Nichtigkeit, d.h. absolute Unwirksamkeit, einer Verfügung wird nur angenommen, wenn sie mit einem tiefgreifenden und wesentlichen Mangel behaftet ist, wenn dieser schwerwiegende Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (statt vieler BGE 137 I 273 E. 3.1 mit Hinweisen). Diese drei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Verfügung eintritt (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1098). Dabei ist ein Zuschlagentscheid ebenso wie die Ausschreibung unbestrittenermassen als Verfügung zu qualifizieren (Art. 29 aBöB; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1167 mit Fn. 2510 sowie Rz. 1265). Als Nichtigkeitsgründe kommen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2, 138 II 501 E. 3.1 132

II 21 E. 3.1, 129 I 361 E. 2.1). Die Annahme schwerwiegender Verfahrensfehler wird in der Praxis – nicht nur im Vergaberecht – zurückhaltend gehandhabt (Zwischenentscheid des BVGer B-1249/2017 vom 30. März 2017 E. 5.5 "Lüftung Kaserne Thun I"; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1111). Nur ausnahmsweise kann auch eine schwerwiegende materiellrechtliche Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit führen (BGE 137 I 273 E. 3.1; BVGE 2008/8 E. 6.2 mit Hinweisen; MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 26 zu Art. 5 VwVG). Zentral sind insoweit die zwingenden Normen des Völkerrechts und die notstandfesten Garantien der EMRK (BGE 136 II 415 E. 3.2; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 31 Rz. 16). Damit ist im Umkehrschluss die Schwelle für die Feststellung der Nichtigkeit mit materiellrechtlicher Begründung höher, wenn es darum geht, die Nichtigkeit etwa mit der Verletzung von aus dem Wirtschaftsverfassungsrecht abgeleiteten Prinzipien zu begründen.

5.4

5.4.1 Die Beschwerdeführerin weist im Sinne eines ersten Nichtigkeitsgrundes darauf hin, dass der Beschaffungsgegenstand weit gefasst ist. Der Projekttitel des Vergabeverfahren beziehe sich gemäss Ziffer 2.2 der Ausschreibung auf "Public Clouds" und suggeriere damit, dass eine Ausschreibung über Cloud-Computing durchgeführt werde. Der Beschaffungsgegenstand gehe aber weit darüber hinaus. Ziffer 2.6 der Ausschreibung beschreibe den Beschaffungsgegenstand äusserst weit. Es gehe um einen ganzen Technologienkatalog. Erfasst sein sollen demnach nach Auffassung der Beschwerdeführerin alle erdenklichen "Digitalisierungsprojekte", die der Bund in nächster Zeit allenfalls durchführen möchte. Zusammenfassend erstrecke sich der Beschaffungsgegenstand auf ein kaum eingegrenztes Dienstleistungsspektrum (Beschwerde, S. 6 f. und S. 17). Eng mit dieser Rüge verbunden ist der zweite Vorwurf, wonach der Inhalt künftiger Aufträge noch völlig offen sei, weil die Auftraggeberseite hierzu selbst zugebe, dass diesbezüglich "noch bundesinterne Abstimmungen" laufen (Beschwerde, Rz. 22 mit Hinweis auf Ziffer 3.2.2 des Pflichtenhefts). De facto wüssten die Zuschlagsempfängerinnen nicht, für welche konkreten Aufträge sie den Zuschlag erhalten haben. Auch die Rahmenbedingungen für die im Rahmen des Abrufverfahrens (Mini-Tender) zu beziehenden einzelnen Leistungen seien dürftig. Man sei weit davon entfernt, mit dem Zuschlag alle essentialia negotii des Beschaffungsvertrags festzulegen. Ausserdem seien auch die Preise mittels der Möglichkeit der Anpassung der

Preisliste veränderbar. Damit sei auch der Preis der konkreten künftigen Aufträge noch unbestimmt (Beschwerde, Rz. 24).

5.4.2 Die Vergabestelle entgegnet diesbezüglich, dass es in der Natur der Ausschreibung von Rahmenverträgen liege, dass sich die technischen Leistungsmodalitäten über die Vertragsdauer verändern können und daher im Ausschreibungszeitpunkt oftmals nicht bereits bis in jedes Detail feststehen. Andernfalls ginge die mit einer Rahmenvertragsausschreibung bezweckte Effizienz und Flexibilität verloren. Der als Beilage 2 zum Pflichtenheft definierte Servicekatalog beruhe bereits auf einer Bedarfserhebung bei allen involvierten Bedarfsträgern hinsichtlich Cloud-Dienstleistungen. Eine noch detailliertere Spezifizierung der Leistungen sei angesichts des dynamischen Wandels der Cloud-Technologie und der Variierung der (standardisierten) Cloud-Angebote weder möglich noch notwendig. Für die Vergabestelle habe es ökonomisch, technisch und betrieblich keinen Sinn ergeben, einzelne Funktionen (wie etwa "Internet of Things" oder "Artificial Intelligence / Machine Learning") aus der Beschaffung auszugliedern und zum Gegenstand eines separaten Verfahrens zu machen. Es gehe darum, eine unnötig hohe Zahl von Cloud-Leistungserbringern zu vermeiden, da eine solche zu einem unzumutbaren organisatorischen und koordinativen Aufwand führen würde. Auch seien entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin keineswegs sämtliche Digitalisierungsprojekte erfasst. Vielmehr sei der Bezug – 110 Millionen über fünf Jahre ergeben 22 Millionen pro Jahr – ins Verhältnis zum Gesamtwert der jährlichen IT-Vergaben in Höhe von insgesamt 2.4 Milliarden zu setzen. Zugleich bestätigt die Vergabestelle, dass für den Leistungsbezug bzw. die Abrufverfahren Mini-Tender-Verfahren vorgesehen sind. Schliesslich beruft sie sich, was ihren Spielraum in Bezug auf die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes betrifft, auf das europäische Richtlinienrecht (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 95 ff.).

5.4.3 Nach der Rechtsprechung ist – entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerde, S. 17, insb. Rz. 58) – zunächst klar, dass das Instrument des Rahmenvertrags als solches rechtlich auch nach dem hier anzuwendenden aBöB zulässig ist, obwohl es keine diesbezügliche rechtliche Regelung gibt (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 4.2 "HP-Monitore"; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2927). Das gilt sowohl für den Abschluss eines Rahmenvertrags mit einer Zuschlagsempfängerin als auch für das vorliegend gewählte Konzept mit einem Zuschlag an mehrere Zuschlagsempfängerinnen (vgl. zu dieser Unterschei-

dung etwa MICHÈLE REMUND, in: Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.] Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [nachfolgend: Handkommentar BöB], Zürich 2020, Rz. 5 zu Art. 25 BöB). Um der Wettbewerbszielsetzung gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBöB gerecht zu werden, ist eine Höchstbezugsmenge festzulegen und die Vertragsdauer zu begrenzen. Das revidierte BöB sieht in Art. 25 Abs. 2 diesbezüglich ausdrücklich vor, dass die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens fünf Jahre beträgt und eine automatische Verlängerung nicht möglich ist. Nur in begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden. Rechtsvergleichend ist insoweit auch Art. 33 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 65) zu berücksichtigen. Dort wird festgehalten, dass bei der Vergabe von auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträgen keinesfalls substanzielle Änderungen an den Bedingungen dieser Rahmenvereinbarung vorgenommen werden dürfen. Darauf wiederum bezieht sich implizit die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 (im Folgenden: Botschaft BöB; BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1938), wenn dort Art. 25 Abs. 4 BöB dahingehend erläutert wird, dass die Leistungen ohne erneute Ausschreibung durch den Einzelvertrag nicht wesentlich geändert oder erweitert werden dürfen. Soweit die Beschwerdeführerin zusätzlich die Frage aufwirft, ob ein Rahmenvertrag ohne Mindestbezugsmenge zulässig ist, ist darauf hinzuweisen, dass die Lehre diese Frage zumindest überwiegend bejaht (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2927; CAROLE GEHRER CORDEY, Rahmenverträge, in: Zufferey/Beyeler/Scherler, Aktuelles Vergaberecht 2020, Zürich 2020, S. 351 ff., insb. S. 362 f.). Damit führt die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht diese Frage mit Urteil B-3526/2013 vom 20. März 2014 "HP-Monitore" (E. 4.2) mangels entsprechender Rüge offen gelassen hat, jedenfalls nicht zur Nichtigkeit der Ausschreibung. Dies umso mehr, als der Verzicht auf das Erfordernis einer Mindestbezugsmenge auch dem Willen des Gesetzgebers in Bezug auf das neue BöB entspricht (Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1936 zu Art. 25 Abs. 1 BöB).

5.4.4 Aus dem Wettbewerbsziel des Vergaberechts ergibt sich nicht nur eine Begrenzung der Vertragsdauer und der vorliegend auf 110 Millionen Franken festgelegten Bezugsmenge. Vielmehr soll auch der Leistungsumfang einer öffentlichen Beschaffung nicht zu grosse Teile des Marktes abdecken. In der Botschaft zum seit dem 1. Januar 2021 geltenden Recht wird dazu ausgeführt, der Rahmenvertrag dürfe nicht dazu dienen, eine beträchtliche Anzahl sachlich getrennter Beschaffungen für Jahre dem

Wettbewerb zu entziehen. Rahmenverträge müssen stets auf eine spezifische Leistungskategorie beschränkt bleiben. So wäre es unzulässig, einen Rahmenvertrag "für den IT-Bedarf der Bundesverwaltung in den Jahren 2017-2020" auszuschreiben (Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1936 zu Art. 25 Abs. 2 BöB). Die hinreichende Spezifikation dient also nicht nur der Transparenz, sondern auch dem Wettbewerb. Es spricht viel dafür, dass eine Rahmenvereinbarung für den IT-Bedarf der Bundesverwaltung in den Jahren 2017-2020 nicht nur rechtswidrig, sondern auch nichtig wäre. Auch die Rechtsprechung zum Vergaberecht berücksichtigt die Nichtigkeit als Argument, mit welchem auch eine nicht angefochtene Ausschreibung angegriffen werden kann. Zur Begründung der Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung müssten diese Grundsätze jedoch in schwerwiegender Weise verletzt worden sein (Entscheid der BRK 2004-018 vom 29. März 2005, auszugsweise publiziert in: VPB 69.81 E. 3b/bb "PISA 2006 – Koordinierung und Datenerfassung"). Dies ist indessen vorliegend nicht der Fall. Die Vergabestelle weist zutreffend darauf hin, dass die technische Spezifikation die Vorgabe enthält, wonach die angebotenen Leistungen den "Essential Characteristics" der "NIST Definition of Cloud Computing" zu entsprechen haben. Dass sowohl die Ziffer 2.6 der Ausschreibung als auch die technische Spezifikation TS05 wie das Pflichtenheft (insb. Ziffer 3.2) und dessen Anhang 2 den Leistungsumfang sehr breit umschreibt, ergibt sich aus den Akten. Da ist von Blockchain über Machine Learning, Internet of Things bis zu Cyber Defence die Rede. Aus dem Kontext ergibt sich aber prima facie, dass die entsprechenden Themen bzw. Digitalisierungsdienstleistungen nur soweit unter den Rahmenvertrag "Public Cloud Services" fallen, als der Bezug dieser Cloud Dienstleistungen in Frage steht. Es ist auch folgerichtig, Cloud Dienstleistungen mit weiteren Digitalisierungsdienstleistungen zu verbinden, soweit ein gewisser sachlicher Zusammenhang zwischen diesen Dienstleistungen gegeben ist. Daher ist prima facie unter Berücksichtigung der Begrenzung der Vertragsdauer auf fünf Jahre und der Höchstbezugsmenge der Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts in einer Weise Rechnung getragen, die jedenfalls die Nichtigkeit der Ausschreibung ausschliesst. Zwar erscheint es gerade bei einer solch breiten Palette an nachgefragten Dienstleistungen durchaus fraglich, ob es nicht sinnvoller gewesen wäre, je nach Informationssicherheits- und Datenschutzanforderungen verschiedene Pakete zu schnüren und mehrere Rahmenverträge auszuschreiben. Aber allein der Dienstleistungsumfang führt wegen des hinreichenden Fokus auf "Public Cloud Services" jedenfalls nicht zur Nichtigkeit der vorliegend zu beurteilenden Ausschreibung mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung. Zudem enthält das Pflichtenheft in Ziffer 3.1 auch den Hinweis, dass für den Fall,

dass sich zum Beispiel mit Blick auf datenschutzrechtliche Aspekte besondere Bedürfnisse ergeben sollten, zusätzliche ergänzende Beschaffungen vorbehalten bleiben. Zudem wird in Ziffer 3.2.2 des Pflichtenhefts unter dem Titel "Abrufverfahren" festgehalten, dass als Kriterium eine Risikobeurteilung unter anderem unter Berücksichtigung von Informationssicherheit und Datenschutz vorgesehen ist. Damit führen auch Fragen der Informationssicherheit oder die Datenschutzaspekte nicht geradezu zur Nichtigkeit der angefochtenen Ausschreibung.

5.4.5 Die Vorgabe gemäss Art. 16a Abs. 1 aVöB, wonach die Anforderungen an die geforderte Leistung in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu beschreiben sind, gilt auch für Rahmenvereinbarungen. Demnach setzt auch eine Rahmenvereinbarung eine ausreichende Bestimmtheit hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands voraus. Die Vergabestelle muss sich im Voraus darüber im Klaren sein, was sie in welcher Qualität beschaffen will (FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 110). Dabei lassen sich die Anforderungen an den Inhalt und an den Präzisierungs- und Detaillierungsgrad eines Ausschreibungstextes nicht verallgemeinern, sondern hängen vor allem auch von der Art des zu vergebenden Auftrags ab (Urteil des BGer 2D_36/2016 vom 27. März 2018 E. 3.2.1 "Primarschulhaus Krämeracker"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 401). In der Botschaft BöB (BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1936) wird diesbezüglich ausgeführt, dass Rahmenverträge stets auf eine spezifische Leistungskategorie beschränkt bleiben müssen. Die Leistungen sind daher hinreichend zu spezifizieren. Ein Rahmenvertrag bildet keinen Ersatz für eine mangelhafte Leistungsbeschreibung (vgl. dazu auch GEHRER CORDEY, a.a.O., S. 351 ff., insb. S. 358). Für das deutsche bzw. das europäische Vergaberecht fügt indessen DREHER hinzu, dass die geforderte Bestimmtheit der Funktion der Rahmenvereinbarung entsprechend (meint: im Vergleich zu einer normalen Beschaffung) nur eingeschränkt sein kann (MEINRAD DREHER, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 4: Vergaberecht, 6. Auflage, München 2021, Rz. 142 zu § 103 GWB). Die Vergabestelle räumt diesbezüglich ein, dass zur Spezifizierung der Bedürfnisse noch weitere Abklärungen bei den Bedarfsstellen notwendig sind. Ein derartiges Eingeständnis kann eine Ausschreibung durchaus angreifbar machen. Indessen ergibt sich aus den Akten immerhin, dass der Servicekatalog gemäss der technischen Spezifikation TS05 bereits das Ergebnis einer groben Bedarfsermittlung mit Abklärungen bei den Bedarfsstellen ist (Pflichtenheft, S. 5). Damit fällt prima facie auch insoweit eine Nichtigkeit der Ausschreibung wegen zu wenig präziser Leistungsbeschreibung ausser Betracht, nachdem in Erwägung 5.4.4 festgestellt worden ist, dass immerhin ein hinreichender Fokus auf "Public

Cloud Services" gegeben ist. Auf die Rügen betreffend Mini-Tender, Vertragsinhalt bei einzelnen Leistungsbezügen und mangelnder Klarheit in Bezug auf den Preis wird im Folgenden spezifisch eingegangen.

5.5

5.5.1 Einen weiteren Nichtigkeitsgrund erblickt die Beschwerdeführerin in den Rahmenbedingungen für den Abruf der Leistungen. Sie hält diesbezüglich fest, dass für das Abrufverfahren gemäss Pflichtenheft (vgl. Ziffer 3.2.2) ein "noch zu bestimmender Prozess" zur Anwendung komme. Das Pflichtenheft enthalte einige wenige Hinweise darauf, wie das Abrufverfahren inskünftig ausgestaltet werden könne. Diese Hinweise seien aber insoweit erhellend, als sie unmissverständlich klarstellten, dass das Abrufverfahren massgeblich anders ablaufen werde als ein ordentliches Vergabeverfahren. So solle der erste Schritt des Abrufverfahrens offenbar darin bestehen, dass die "Bedarfsträger (…) die Angebote der Anbieter, basierend auf den Informationen, welche bei den Portalen der Cloud-Anbieter verfügbar" seien, vergleichen und bewerten (Beschwerde, Rz. 27 mit Verweis auf das Pflichtenheft, S. 7). Ausserdem seien andere Zuschlagskriterien vorgesehen als in Bezug auf den Rahmenvertrag selbst, welche ausserdem sehr offen formuliert seien. Schliesslich solle das Abrufverfahren ausserhalb der geordneten Bahnen des Beschaffungsrechts stattfinden; Rechtsschutzmöglichkeiten würden fehlen. Die Vergabestelle habe damit ein Verfahren geschaffen, in dessen Rahmen der Beschaffungsentscheid gänzlich in den Händen der einzelnen Bedarfsträger des Bundes liege. Nach aussen transparent werde die Anbieterauswahl für die konkrete Beschaffung nicht und Rechtsschutz sei ebenfalls nicht vorgesehen. Das Abrufverfahren solle daher faktisch im rechtsfreien Raum nach Gutdünken der Verwaltung stattfinden (Beschwerde, S. 10 f.). Dadurch werde namentlich die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV verletzt (Beschwerde, Rz. 75).

5.5.2 Die Vergabestelle führt dazu aus, das Abrufverfahren sei als (modifiziertes) Mini-Tender-Verfahren ausgestaltet. Sie habe die in diesem Rahmen anzuwendenden Kriterien im Pflichtenheft definiert. Einzig der konkrete Einbezug der Anbieterinnen in diesen Prozess (Angebotsabruf über Internetportal, elektronische Schnittstelle etc.) werde im Rahmen der Vertragsverhandlungen und unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebots zu definieren sein. Entscheidend sei nicht, dass im Rahmen des Abrufverfahrens die identischen Kriterien wie bei der Rahmenvertragsausschreibung gelten, sondern dass sich die Anbieterinnen im Zeitpunkt der

Ausschreibung ein Bild über die Modalitäten und Kriterien des Abrufverfahrens machen können, um ein angemessenes Angebot einzureichen. Mit der Durchführung eines modifizierten Mini-Tender-Verfahrens werde sichergestellt, dass der Wettbewerb nicht nur bei der Auswahl der Rahmenvertragspartner, sondern im Zeitpunkt des Abrufverfahrens erneut spiele. Indem die Angebote nach transparenten Kriterien erneut evaluiert würden, insbesondere auch was das Preis-Leistungsverhältnis angehe, könne entgegen den Befürchtungen der Beschwerdeführerin sichergestellt werden, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt werde. Von einer faktisch freihändigen Vergabe, wie dies die Beschwerdeführerin behaupte, könne keine Rede sein. Soweit die Beschwerdeführerin kritisiere, dass im Rahmen des Abrufverfahrens nach der vorgesehenen Konzeption kein Rechtsschutz bestehe, verkenne sie, dass die Nichtöffnung des Verwaltungsrechtswegs der ständigen, in Art. 53 Abs. 6 BöB kodifizierten Vergabepraxis entspreche. Nach diesem Konzept stehe der Anbieterin, die mit Entscheiden beim Abrufverfahren nicht einverstanden sei, der zivilrechtliche Rechtsweg offen. Dieser Rechtsschutz sei auch hier sichergestellt, da die Abrufe jeweils begründet und dokumentiert würden (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.1.3.3, S. 34 f.).

5.5.3 Zunächst ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, wenn sie im Ergebnis festhält, dass die Tatsache, dass für das Abrufverfahren "ein noch zu definierender Prozess" zur Anwendung kommen soll, prima facie nicht als spontan Vertrauen erweckend bzw. offensichtlich rechtskonform beurteilt werden kann. Immerhin wird zugleich zugesichert, dass die Einbindung der Zuschlagsempfänger in die Gestaltung des Abrufprozesses im Rahmen der Vertragsverhandlungen erfolgt (Pflichtenheft, Ziffer 3.2.2). Soweit die Beschwerdeführerin indessen geltend macht, die zur Anwendung kommenden Kriterien seien nicht klar, kann ihr in dieser absoluten Form nicht beigepflichtet werden. Gemäss Pflichtenheft (Ziffer 3.2.2) kommen bei der Bewertung folgende Kriterien zum Tragen:

- Preis: Kosten/Service-Kosten (bezogen auf geplante Bezugsmenge) (ZK)
- Allfällige Migrationskosten (ZK)
- Erfüllungsgrad der technischen Anforderungen (ZK und TS)
- Risikobeurteilung (Datenschutz, Informationssicherheit, zugehörige organisatorische und technische Massnahmen) (TS)
- Konformität (zur Cloud-Strategie und Architekturen der Bedarfsstelle) (ZK und TS)

Ausserdem wird im Anschluss festgehalten, dass eine Dokumentation des begründeten Zuschlags an den oder die Cloud Anbieter erfolgen soll (Mehrfachzuschläge möglich), mit Volumen (Kostendach). In Bezug auf die Zuschlagskriterien geht BEYELER möglicherweise davon aus, dass diese für das Mini-Tender-Verfahren dieselben sein müssen wie für den Rahmenvertrag selbst (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2929). Demgegenüber lässt sich aus Art. 25 Abs. 5 Bst. d BöB wohl der Schluss ziehen, dass jedenfalls nach neuem Recht für die Mini-Tender-Vergabe nicht derselbe Kriterienkatalog gelten muss wie für die Rahmenvereinbarung. Diesbezüglich ist auch interessant, dass für das deutsche Recht festgehalten wird, dass mitunter gerade der Preis, der in einer Rahmenvereinbarung noch keine abschliessende Regelung findet, allenfalls abhängig von der Bedarfs- und Marktentwicklung erst bei Abruf der konkreten Leistungen durch die jeweiligen Einzelverträge konkretisiert wird. Dementsprechend kann der Preis zwar, muss aber nicht bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt werden (GERRIT BRAUSER-JUNG, in: Röwekamp/Kus/Portz/Priess [Hrsg.], Kommentar zum GWV-Vergaberecht, 5. Auflage, 2020, Rz. 319 und Rz. 326 zu § 103 GWB). Demnach kann zwar nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass eine Ausschreibung angreifbar ist, wenn für das Mini-Tender-Verfahren nicht dieselben Kriterien gelten wie für den Rahmenvertrag. Solange indessen – wie vorliegend – auch für das Mini-Tender-Verfahren Kriterien definiert sind, kann aber prima facie nicht von der Nichtigkeit der Ausschreibung ausgegangen werden. Richtig ist aber, dass nicht ganz klar wird, ob die Vergabestelle technische Spezifikationen der Rahmenvereinbarung einerseits und Zuschlagskriterien für das Mini-Tender-Verfahren andererseits klar auseinanderhält. Ungewöhnlich ist zudem die Vorgabe, wonach die Bedarfsträger die Angebote der Anbieter "basierend auf den Informationen, welche bei den Portalen der Cloud-Anbieter verfügbar sind" vergleichen und bewerten (Pflichtenheft, S. 7). Daraus ergibt sich wohl tatsächlich, dass die Bedarfsträger im Mini-Tender-Verfahren, obwohl sie durchaus nicht nur rein standardisierte Leistungen beziehen, keine Offerten einholen. Dafür gibt die Vergabestelle auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keine Begründung. Es ist zwar nachvollziehbar, dass Preisschwankungen berücksichtigt werden sollen, weshalb jeweils aktuelle Informationen relevant sind. Die Ausschreibung ist auch nicht nichtig, weil in Bezug auf die Preisbildung auf aktuelle Preislisten der Anbieter abgestellt wird, die die Anbieter öffentlich zugänglich führen sollen (Ziffer 8.1 des Pflichtenhefts). Indessen erklärt das nicht ohne Weiteres, warum den Anbieterinnen, deren Angaben verglichen werden, im Rahmen eines Mini-Tender-Verfahrens keine Gelegenheit gegeben werden soll,

eine Offerte einzureichen, zumal auch nach den Mini-Tender-Kriterien keineswegs nur der Preis relevant ist. Aber auch diese Vorgabe für das Abrufverfahren führt prima facie nicht zur Nichtigkeit der Ausschreibung.

5.5.4 Jedenfalls nicht beigepflichtet werden kann der Vergabestelle, wenn sie die zivilrechtliche Abwicklung der Mini-Tender-Vergabe mitsamt zivilrechtlichem Rechtsschutz damit rechtfertigt, dass die Nichteröffnung des Verwaltungsrechtswegs der ständigen, in Art. 53 Abs. 6 BöB kodifizierten Vergabepraxis entspricht. Vielmehr ist umgekehrt festzustellen, dass es für diese nicht selbstverständliche Rechtsschutzregelung nach dem bis Ende Dezember 2020 geltenden und vorliegend zur Anwendung kommenden Recht an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. In der Lehre wird denn auch zutreffend darauf hingewiesen, dass das EU-Vergaberecht vergaberechtlichen Rechtsschutz gegen Einzelabrufe im Mini-Tender-Verfahren vorsieht (REMUND, in: Handkommentar BöB, Rz. 24 zu Art. 25 BöB*).* Die Vergabestelle war sich der Brisanz der in Frage stehenden Vorgaben denn auch durchaus bewusst. Folgerichtig hat sie unter EK07 "Bezugsregelung" verlangt, dass der Anbieter einverstanden ist mit dem Vorgehen gemäss Ziffer 3.2.2 des Pflichtenhefts. Es braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht näher darauf eingegangen zu werden, inwieweit das Beschaffungsrecht im Rahmen der Ausschreibung bzw. von Ausschreibungsunterlagen wegbedungen werden kann bzw. ein in diesem Zusammenhang allenfalls anzunehmender, vor Ergehen der Zuschlagsverfügung erklärter Rechtsmittelverzicht gültig ist (vgl. dazu immerhin GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1253). Zusammenfassend ergibt sich, dass die Ausschreibung, wenn sie denn angefochten worden wäre, in Bezug auf die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems für das Mini-Tender-Verfahren aufgehoben worden wäre. Das bedeutet aber – weil wie nach neuem Recht zivilrechtlicher Rechtsschutz gewährleistet sein soll (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1981 zu Art. 53 Abs. 6 BöB) – keineswegs, dass die Ausschreibung zugleich nichtig ist. Damit braucht im vorliegenden Fall auch auf die Verfassungswidrigkeit der Rechtsschutzlösung gemäss aBöB als solche nicht weiter eingegangen zu werden (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1206 mit Hinweisen). Vor allem ist der Vorwurf der Beschwerdeführerin falsch, wonach die Anbieterauswahl im Mini-Tender-Verfahren in das Belieben der Bedarfsstelle gestellt wird. Vielmehr sind diesbezüglich – wie festgestellt – Kriterien vorgesehen. Es ist auch nicht zu erkennen, dass die Vergabestelle diese im Rahmen der Abrufverfahren ausser Acht lassen will, was – wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält – unzulässig wäre (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 "Mobile Warnanlagen"; Zwischen-

entscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 8.3 "Stahlwasserbauten Ritomsee"). Das ergibt sich auch aus dem offensichtlich als Vorbild dienenden Konzept des neuen Rechts, wonach die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens – meint insbesondere denjenigen der Transparenz – auch für den individuellen Abruf der Leistungen beachtlich sind, mit der Besonderheit, dass der Abruf der Leistungen unter einem Rahmenvertrag dem Zivilrecht untersteht (Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1936). Damit bringt die Vergabestelle prima facie den Willen zum Ausdruck, tatsächlich die Leistungen mehrerer Anbieter vergleichen zu wollen. Folgerichtig erweist sich auch die schwerwiegendste Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die konkreten Aufträge faktisch freihändig vergeben werden sollen, als unbegründet. Die Tatsache, dass offenbar auf das Einholen von Offerten verzichtet werden soll, ist als solche kein Nichtigkeitsgrund, solange das Konzept – insoweit der Logik des Mini-Tender-Verfahrens entsprechend – zumindest von einem Vergleich von Angaben verschiedener Anbieter ausgeht. Damit ist auch der Nichtigkeitsgrund, der sich allenfalls aus der Wahl des falschen Verfahrens ergeben könnte (vgl. dazu etwa das von der Beschwerdeführerin zitierte Urteil WBE.2014.187 des Verwaltungsgerichts Aargau vom 8. Oktober 2014 E. 2.1, publiziert in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2014, S. 822 ff.), nicht erfüllt. Im Übrigen schliesst das Verwaltungsgericht Aargau an der zitierten Stelle nicht auf Nichtigkeit, sondern hält lediglich fest, dass ein schwerwiegender Verstoss im Rahmen des Beschwerdeverfahrens von Amtes wegen, also auch ohne entsprechende Rüge des Beschwerdeführers, zu prüfen ist.

5.6

5.6.1 Die Beschwerdeführerin rügt weiter in Bezug auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, dass für die Erteilung der Zuschläge im Rahmenvertrag Preiselemente ausschlaggebend waren, die es dann aufgrund der breiten Leistungspalette in den Mini-Tender-Verfahren nicht sein werden. Es sei ohne Weiteres denkbar, dass dann ein Drittanbieter für die konkret abgerufene Leistung ein günstigeres Angebot lege als alle vorselektionierten Zuschlagsempfängerinnen (Beschwerde, S. 19). Ausserdem sei der Preis im vorliegenden Vergabeverfahren zu wenig stark gewichtet. Die preislich als am attraktivsten beurteilte Zuschlagsempfängerin 3 habe, wie sich im Rahmen des Zuschlags erstmals gezeigt habe, für das Zuschlagskriterium ZK05 "Preis Service Angebote" bloss 13.8 Punkte erhalten. Faktisch sei der Preis also nur mit 13.8 Prozent bewertet worden, obwohl er in der Ausschreibung mit 30 von 100 Punkten veranschlagt wor-

den sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müsse die Bewertungsmethode aber gewährleisten, dass der Preis effektiv (und nicht bloss formell) mit mindestens 20 Prozent Gewicht in den Zuschlagsentscheid einfliesse (Beschwerde, Rz. 73).

5.6.2 Die Vergabestelle führt zunächst zur Wirtschaftlichkeit der Beschaffung aus, sie sei – um eine Auswahl an Rahmenvertragspartnerinnen zu treffen – nicht umhin gekommen, die Angebote in ihrer Gesamtheit miteinander zu vergleichen und zu bewerten. Ausgewählt worden seien diejenigen fünf Anbieterinnen, die über den gesamten Leistungskatalog hinweg die vorteilhaftesten Angebote eingereicht hätten. Die Zuschlagsempfängerinnen hätten sich bereits im Rahmen der Ausschreibung gegen die Konkurrenz durchsetzen müssen und müssten sich im Rahmen des Abruf- bzw. Mini-Tender-Verfahrens erneut behaupten (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 109 f.). Auch die von der Beschwerdeführerin geäusserten Bedenken zur Preisbewertung seien unbegründet. Die Tatsache, dass die Zuschlagsempfängerin 3 unter dem ZK05 "Preis Service Angebote" "nur" 13.8 statt der möglichen 30 Punkte erhalten habe, bedeute nicht, dass der Preis untergewichtet worden sei. Wie sich aus den Ausführungen in Ziffer 6.2.2 des Pflichtenhefts ("Bewertung der Preise") ergebe, seien die Angebote der Anbieterinnen "pro Service" miteinander verglichen worden und nicht aufgrund eines fiktiven Gesamtpreises. Diese Bewertungsmethodik liege darin begründet, dass es den Anbieterinnen offen gestanden habe, einzelne der ausgeschriebenen Services nicht anzubieten. Ein Vergleich bzw. eine Bewertung der Gesamtkosten sei daher nicht möglich bzw. sinnvoll gewesen. Hinzu komme, dass der Preis zusätzlich über das ZK04 "Volumenrabatt" in die Bewertung eingeflossen sei. Für den Volumenrabatt hätten maximal 10 Punkte vergeben werden können, was einer Gewichtung von 10 Prozent entspreche. Dieser Punkterahmen sei mit Bewertungen von bis zu 8 Punkten weitgehend ausgeschöpft worden. Effektiv sei der Preis über ZK04 und ZK05 im Ergebnis mit über 20 Prozent Gewicht in den Zuschlagsentscheid eingeflossen. Die Bewertungsmethode stehe damit im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 117).

5.6.3 Die Rüge, wonach die Rahmenvertragspreisbewertung nicht hinreichend aussagekräftig sei in Bezug auf die Frage, ob nicht ein Dritter für eine spezifische Teilleistung ein günstigeres Angebot lege als alle für den Rahmenvertrag selektionierten Zuschlagsempfängerinnen, erweist sich

prima facie als nicht stichhaltig. Vielmehr sind derartige Risiken dem Konzept des Rahmenvertrags mit breiter Leistungspalette in gewissem Umfang inhärent und sprengen das der Vergabestelle im Rahmen mit der Preisbewertung zustehende Ermessen nicht (vgl. zum von der Vergabestelle zu Recht geltend gemachten Ermessensspielraum etwa BVGE 2018 IV/2 E. 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I"). Umso weniger kann insoweit Nichtigkeit geltend gemacht werden.

5.6.4 Die Verfahrensbeteiligten verweisen in Bezug auf die Mindestgewichtung des Preises übereinstimmend auf BGE 143 II 553 E. 6.4 "Seewasserwerk Moos". Nach dieser vom Bundesverwaltungsgericht übernommenen Rechtsprechung ist der Preis grundsätzlich mit mindestens 20 Prozent zu gewichten. Dabei darf die Preiskurve nicht so ausgestaltet werden, dass die effektive Gewichtung des Preises der bekannt gegebenen Gewichtung nicht entspricht und diese namentlich bei tiefer Preisgewichtung weiter abgeschwächt wird (Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 5.2 "Produkte zur Aussenreinigung II"; FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 145).

5.6.5 Die Preisbewertungsformel wird im Pflichtenheft in Ziffer 6.2.2 "Bewertung der Preise" wie folgt beschrieben:

> "Bewertet werden pro Angebot die einzelnen Preise der ausgewählten Services (vgl. Anhang 2 Servicekatalog). Die Preise der einzelnen Angebote werden mittels folgender Formel bepunktet.
>
> Alle Werte, die in der **Bandbreite von 50%** liegen, erhalten Punkte (lineare Interpolation zwischen 100% und 150%). Alle Werte, die den tiefsten Wert um mehr als 50% überschreiten, erhalten 0 Punkte. Alle Angebote welche gemäss Formel ein Resultat unter 0 ergeben, werden mit 0 Punkten bewertet (keine Minuspunkte).
>
> **Formel zur Berechnung der Punkte zu den einzelnen Angebotspreise:**
>
> $$Punkte = M\ x\ (\frac{Pmax - P}{Pmax - Pmin})$$
>
> M = Maximale Punktzahl
> P = Preis des zu bewertenden Angebots
> Pmin = Preis des tiefsten zulässigen Angebots
> Pmax = Preis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneidet (Pmin*150%)"

Die zu den einzelnen Services erhaltenen Punkte werden addiert und bilden das Gesamttotal für die Preisbewertung (Pflichtenheft, Ziffer 6.2.2, S. 10).

5.6.6 Das Kriterium ZK05 "Preis Service Angebote (vgl. Anhang 2 Servicekatalog") ist gemäss Ziffer 5.1 des Pflichtenhefts mit 30 von 100 möglichen

Punkten und damit mit 30 Prozent gewichtet (vgl. zur vollständigen Liste der Zuschlagskriterien mitsamt Gewichtung E. 6.3.2 hiernach). Ebenfalls unbestritten ist, dass die in Bezug auf dieses Kriterium am besten bewertete Anbieterin lediglich 13.8 Punkte erhalten hat. Vor diesem Hintergrund erscheint die Rüge, die gewählte Bewertungsmethode führe dazu, dass die effektive Gewichtung deutlich anders sei als die kommunizierte Gewichtung, prima facie nicht offensichtlich unbegründet. Indessen ist auch die Begründung der Vergabestelle, dass sie den Durchschnitt von Preisen für mehrere Elemente gemäss Servicekatalog zugrunde gelegt hat, um vor allem dort das Ergebnis nicht zu verfälschen, wo – was nach den Vorgaben der Vergabestelle zulässig war (vgl. dazu auch E. 6.3.5 hiernach) – für gewisse Servicekatalogpositionen keine Preise angeboten wurden, in gewisser Weise nachvollziehbar. Indessen braucht diese Frage nicht vertieft zu werden, da es – wie die Vergabestelle zutreffend ausführt – dem Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, sämtliche den Preis beschlagenden Zuschlagskriterien in einen Gesamtzusammenhang zu stellen. Das Zuschlagskriterium ZK04 "Volumenrabatt" ist mit zehn Prozent gewichtet und der am besten bewertete Anbieter hat 8 von 10 Punkten erhalten, wogegen drei andere Anbieter mit 0 Punkten bewertet worden sind, so dass hier auch eine effektive Differenzierung erreicht worden ist (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 6.4.5, S. 23). Damit erweist sich die in Bezug auf die Preisbewertung erhobene Rüge, soweit beide preisrelevanten Zuschlagskriterien gemeinsam betrachtet werden, als offensichtlich unbegründet. Damit würde die Beschwerdeführerin selbst dann nicht durchdringen, wenn ihre Rüge nicht verspätet wäre und nicht nur Nichtigkeit, sondern auch Rechtmässigkeit zu prüfen wäre. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, dass sich die effektive Gewichtung erst im Rahmen des Zuschlags gezeigt habe (Beschwerde, S. 20, Rz. 73), ist wohl so zu verstehen, dass sie selbst diese Rüge insbesondere als nicht verspätet betrachtet. Die Rüge ist erst recht erfolglos vor dem Hintergrund, dass vorliegend ein Rahmenvertrag mit Mini-Tender-Verfahren in Frage steht und der Preis auch ein Kriterium für die Anbieterauswahl im Mini-Tender-Verfahren ist (vgl. E. 5.5.3 hiervor). Damit ist der Preis insoweit sowohl im Rahmen der Rahmenvereinbarung als auch im Rahmen des Leistungsbezugs von Relevanz, womit die Mindestgewichtung auf jeden Fall eingehalten ist. Ausserdem ist vor diesem Hintergrund auch die bundesgerichtliche Vorgabe nicht in gleicher Strenge anzuwenden im Vergleich zu einer Situation, in der der Preis nur in Bezug auf die Rahmenvereinbarung selbst ein relevantes Kriterium ist.

5.7 Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Beschwerdeführerin keine Zuständigkeitsfragen oder Verfahrensfehler geltend macht, sondern

ausschliesslich materielle Mängel der Ausschreibung ins Feld führt, um die Nichtigkeit sowohl der Ausschreibung als auch der gestützt darauf erfolgten Zuschläge zu rügen. Eine schwerwiegende materielle Fehlerhaftigkeit kann indessen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit führen (vgl. E. 5.3 hiervor). Dementsprechend dringt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, wonach die Auftraggeberin den Beschaffungsgegenstand vorliegend derart weit gefasst bzw. derart unpräzise umschrieben hat, dass dies zur Nichtigkeit führt, nicht durch (vgl. E. 5.4 hiervor). In Bezug auf die Ausgestaltung des Mini-Tender-Verfahrens ist zunächst zugunsten der Vergabestelle festzuhalten, dass für den Abruf von Leistungen durchaus relevante Kriterien definiert sind (vgl. E. 5.5.3 hiervor). Indessen kann der Vergabestelle mangels einschlägiger gesetzlicher Grundlage nicht beigepflichtet werden, wenn sie behauptet, dass bereits nach dem aBöB die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen Zuschläge im Mini-Tender-Verfahren ausgeschlossen ist. Vielmehr wäre eine gegen die Ausschreibung gerichtete Beschwerde in Bezug auf die Ausgestaltung des Rechtsschutzes erfolgreich gewesen. Auch dies führt aber, da ja – wie gemäss Art. 53 Abs. 6 BöB de lege ferenda – auch im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung der Rechtsschutz nicht gänzlich wegbedungen werden soll, prima facie nicht zur Nichtigkeit der Ausschreibung (vgl. E. 5.5.4 hiervor). Die in Bezug auf die gewählte Preisbewertungsmethode erhobenen Rügen sind, soweit von der Beschwerdeführerin die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gewichtung des Preises (BGE 143 II 553 E. 6.4 "Seewasserwerk Moos") zum Thema gemacht wird, unter Berücksichtigung beider preisrelevanten Zuschlagskriterien und der zweifachen Relevanz des Preises dank des zur Anwendung kommenden Mini-Tender-Verfahrens prima facie nicht nur in Bezug auf die Nichtigkeit erfolglos, sondern erweisen sich vielmehr auch im Rahmen einer Rechtskontrolle (Art. 31 aBöB) als offensichtlich unbegründet, womit die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge prima facie auch dann nicht durchdringen würde, wenn sie als nicht verspätet erhoben zu beurteilen sein sollte (vgl. E. 5.6 hiervor).

6.

6.1 In materieller Hinsicht beanstandet die Beschwerdeführerin eventualiter die Bewertung ihrer Offerte anhand des Zuschlagskriteriums ZK02 "RZ-Standorte Schweiz". Diese verstosse gegen das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot (Beschwerde, Rz. 39 ff. und Rz. 82), namentlich weil die Vergabestelle keine Definition des Begriffs "geo-redundant" bereitgestellt habe. Der Umstand, dass weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen eine entsprechende Definition

des Begriffs, dessen Verständnis für ZK02 massgebend sei, enthalte, wirke sich auf alle Anbieterinnen nachteilig aus, insbesondere jedoch auf jene, welche den Begriff anders als die Vergabestelle verstehen (Beschwerde, Rz. 37, 45 und 50). Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vergabestelle habe bei der Bewertung des ZK02 zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin – je nach Definition der Geo-Redundanz – bereits zum Zeitpunkt der Offerteinreichung ein geo-redundantes Rechenzentrum in der Schweiz betreibe bzw. dies aufgrund der baldigen Erweiterung ihrer Rechenzentren-Struktur in der Schweiz spätestens bis Ende Dezember 2023 tun werde. In diesem Zusammenhang bemängelt die Beschwerdeführerin denn auch, dass das Kriterium der öffentlich zugänglichen Information unnötig sei. Es könne für die Erfüllung des Zuschlagskriteriums ZK02 nicht von Relevanz sein, ob die Information zur Geo-Redundanz der Öffentlichkeit bekannt sei oder nicht (Beschwerde, Rz. 50). Jedenfalls hätte die Beschwerdeführerin, so ihre Rüge, bei richtiger Bewertung des ZK02 statt mit 0 mit 10 Punkten, mindestens jedoch mit 5 Punkten bewertet werden müssen. Folglich hätte die Beschwerdeführerin bei richtiger Bewertung dieses Zuschlagskriteriums insgesamt 44.3 Punkte bzw. mindestens 39.3 Punkte erhalten und damit die fünftplatzierte Zuschlagsempfängerin überholt (Beschwerde, Rz. 34, 39 und 83). Daher stehe der fünfte Zuschlag ihr und nicht der fünftplatzierten Zuschlagsempfängerin zu.

6.2 Die Vergabestelle führt dazu aus, es sei ihr im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit unbenommen, im Rahmen des ZK02 einen Nachweis für drei in der Schweiz geplante geo-redundante Rechenzentren zu verlangen. Ebenso sei sie darin frei gewesen, diesen Nachweis nur aufgrund "einer der Öffentlichkeit zugänglichen Information" zu akzeptieren. Der Begriff "Geo-Redundanz" sei im herkömmlichen Sinn auszulegen. In der Beschwerde werde darüber gemutmasst, dass unter Geo-Redundanz allenfalls nur die physische Separierung von Rechenzentren ohne räumliche Trennung zu verstehen sei. Es gehe indessen darum, dass sich Infrastrukturen nicht in der gleichen Gefahrenzone befinden und so gegen Grossschadenereignisse gesichert seien. Dementsprechend habe auch die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Frage der Erfüllung entsprechender Vorgaben in ihrer Offerte bewusst kein Kreuz gesetzt (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 122 ff.).

6.3

6.3.1 Die Zuschlagskriterien und ihre Beurteilungsmatrix sind gemäss Art. 27 Abs. 1 aVöB im Voraus bekannt zu geben. Dazu gehört auch die

Bekanntgabe von Subkriterien, jedenfalls soweit diese nicht ausschliesslich dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren (Zwischenentscheid des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.3.1 "Produkte zur Aussenreinigung II"; Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 10. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel"). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (BVGE 2018 IV/2 E. 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I"; Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post").

6.3.2 Die Ausschreibung vom 7. Dezember 2020 erwähnt in Ziffer 2.10 die Zuschlagskriterien ZK01 bis ZK05 sowie deren Gewichtung und verweist auf die detaillierten Zuschlagskriterien im Anhang 1 des Pflichtenhefts. Die Ziffer 2.10 lautet wie folgt:

> "ZK01 Qualität «Service Angebot»/«Ausgewählte Services» Gewichtung 30%
> ZK02 RZ-Standorte Schweiz Gewichtung 10%
> ZK03 Vertragsbedingungen Gewichtung 20%
> ZK04 Volumenrabatt Gewichtung 10%
> ZK05 Preis «Service Angebote» Gewichtung 30%
>
> Erläuterungen: Die detaillierten Zuschlagskriterien sind im Anhang 1 der Ausschreibungsunterlagen ersichtlich."

6.3.3 Im Pflichtenheft selbst findet sich keine weitergehende Definition der Zuschlagskriterien (vgl. Pflichtenheft, Ziff. 5, S. 9). Vielmehr wird insoweit auf den Anhang 1 "Anforderungskatalog" verwiesen. Hingegen wird im Pflichtenheft unter Ziffer 5.2 die Erfüllung des Anforderungskatalogs wie folgt erläutert:

> "Die im Anhang 1 (Anforderungskatalog) und Anhang 2 (Serviceskatalog) aufgeführten Anforderungen müssen vollständig, detailliert und klar verständlich formuliert und beantwortet sein. Wo verlangt, sind die entsprechenden Dokumente und Nachweise beizulegen. Allfällige Referenzierungen auf weiterführende Unterlagen sind erlaubt, müssen jedoch exakt auf die relevanten Textabschnitte/-stellen der Unterlagen verweisen. Ist eine Anforderung in Einzelpunkte untergliedert, muss auf all diese Einzelpunkte detailliert eingegangen werden. Die im Anhang 1 (Anforderungskatalog) geforderten Angaben sind vollständig und nachvollziehbar auszufüllen.
>
> Wichtig: Die Beschaffungsstelle behält sich vor, die von Seiten der Anbieter im Angebot aufgeführten Dokumentationen und/oder referenzierten Informationen inhaltlich zu verifizieren und bei Bedarf vom Anbieter dazu zusätzliche Informationen einzufordern. Sind die Antworten nicht nachvollziehbar oder unverständlich, die geforderten Angaben oder Unterlagen nicht vorhanden oder mangelhaft, so kann dies zu einer tieferen Bewertung der Antwort des Anbieters führen."

6.3.4 Die Definition und Taxonomie der Zuschlagskriterien werden im Anforderungskatalog (Anhang 1) unter "Katalog der Zuschlagskriterien" aufgeführt (vgl. Anforderungskatalog [Anhang 1], S. 10). Demnach gilt diesbezüglich für das Zuschlagskriterium ZK02 was folgt:

Nr.	Zuschlagskriterium	Angaben des Anbieters
ZK02 Max. 10 Punkte	**RZ-Standorte Schweiz** Der Anbieter gibt anhand einer Roadmap an, bis wann er die in TS05 geforderten Services geo-redundant auf Schweizer Boden produzieren/betreiben kann. **Taxonomie** • 10 Punkte wenn der Anbieter nachvollziehbar aufzeigen kann, dass bis Ende März 2022 geo-redundante Standorte in der Schweiz verfügbar sind • 5 Punkte wenn der Anbieter nachvollziehbar aufzeigen kann, dass bis Ende Dezember 2023 geo-redundante Standorte in der Schweiz verfügbar sind • 0 Punkte in allen anderen Fällen	☐ Der Anbieter zeigt anhand einer der Öffentlichkeit zugänglichen Information die entsprechende Roadmap auf.

6.3.5 Das Zuschlagskriterium ZK02 verweist in seinen Anforderungen auf die in den technischen Spezifikationen TS05 geforderten Services. Hierbei handelt es sich um 32 Services, wovon mindestens 24 vom Anbieter bereitgestellt werden müssen (vgl. Anhang 1 "Anforderungskatalog", S. 8 f.). Der Anbieter muss in seinem Angebot zu TS05 in der Antwortbox (Angaben des Anbieters) bestätigen, dass er diese auch im Europäischen Wirtschaftsraum produziert (vgl. Anhang 1 "Anforderungskatalog", S. 8).

6.3.6 Gemäss Ziffer 6.2.1 des Pflichtenheftes erfolgt die Bewertung der Zuschlagskriterien ZK01 bis ZK04 entsprechend den im Anhang 1 "Anforderungskatalog" aufgeführten Taxonomien (Pflichtenheft, S. 10). Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, einzig die in der Spalte "Zuschlagskriterium" aufgeführten Angaben seien dabei für die Bewertung massgeblich, nicht auch die in der blauen Antwortbox enthaltenen Vorgaben (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 13 f.). Dieser Auffassung kann prima facie nicht gefolgt werden. Vielmehr sind im Zweifel sämtliche Teilelemente der Umschreibung eines Zuschlagskriteriums zur Auslegung eines solchen heranzuziehen. Um zu verstehen, was gemeint ist, drängt sich ein Vergleich mit den Eignungskriterien auf. Dort wird zwischen eigentlichen Eignungskriterien und Eignungsnachweisen unterschieden (vgl. dazu Art. 9 Abs. 1 aVöB i.V.m. Anhang 3 aVöB). Vorliegend ist die gewählte Struktur im Ergebnis sehr vergleichbar. Es ist zwar richtig, dass in Bezug auf die

Definition der eigentlichen Zuschlagskriterien der Hinweis auf die öffentliche Zugänglichkeit der Roadmap fehlt. Indessen ergibt sich aus dem von der Beschwerdeführerin als Antwortbox beschriebenen Tabellenelement, dass damit ein Nachweis verlangt wird, der in Verbindung mit den Ausführungen zum Zuschlagskriterium die Vorgabe enthält, dass die zu bewertende Roadmap öffentlich zugänglich sein muss. Dies wurde seitens der Vergabestelle anlässlich der Fragerunde in ihrer Antwort zu Frage 36 präzisiert (vgl. untenstehende Darstellung). Demnach hatten die Anbieter ihre öffentlich zugänglichen Angaben, wie zum Beispiel Links, in einer gesonderten Beilage unter Offertkapitel 4 zu erfassen. Damit ist seitens der Vergabestelle vorgegeben, dass die Anbieter anhand einer Roadmap anzugeben haben, bis wann sie die unter TS05 geforderten Services "georedundant" auf Schweizer Boden produzieren/betreiben können. Demgegenüber wird in der Antwortbox verlangt, dass der Anbieter "anhand einer der Öffentlichkeit zugänglichen Information" die entsprechende Roadmap aufzuzeigen habe. Um Punkte (10 bzw. 5) zu erhalten, muss vom Anbieter anhand öffentlich zugänglicher Informationen "nachvollziehbar aufgezeigt" werden, dass er bis Ende März 2022 bzw. bis Ende Dezember 2023 in der Schweiz über entsprechende Standorte verfügt, andernfalls ihm keine Punkte zustehen. Dies wurde im Rahmen der Fragerunde insbesondere in Frage 36 geklärt (vgl. Frage- und Antwortkatalog [Beschwerdebeilage 7], Fragen 18 und 36):

Nr.	Frage	Antwort
18	AH_1_Anforderungskatalog, ZK02: Werden für die RZ-Standorte Schweiz nur Punkte vergeben, wenn mindestens 24 der unter TS05 geforderten Services produziert werden?	Ja.
36	AH_1_Anforderungskatalog, ZK02: RZ-Standorte Schweiz: Es fehlt die Möglichkeit hier ein Link zur Erfüllung des Kriteriums einzugeben.	Bitte erfassen Sie den Link in einer gesonderten Beilage mit Titel "ZK02" unter Offertkapitel 4 "Beilagen". Vergleiche Ziffer 7.2 im Pflichtenheft.

6.4

6.4.1 Wie soeben festgehalten, waren die Anbieterinnen aufgefordert, zu ZK02 anhand einer der Öffentlichkeit zugänglichen Information die entsprechende Roadmap aufzuzeigen und die Erfüllung des Kriteriums in der Antwortbox zu bestätigen (Anhang 1, S. 10). Die Beschwerdeführerin bestätigte die Erfüllung des ZK02 in der Antwortbox zwar nicht (vgl. Beschwerdebeilage 4, S. 12), schrieb aber in der Antwortbox unter dem Bestätigungsfeld, Google Cloud habe "die Information über die Erweiterung

von Rechenzentren in der Schweiz bisher nicht einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht" (vgl. Beschwerdebeilage 4, S. 12). Weiter schrieb sie, sie teile "im Rahmen der vergaberechtlichen Verschwiegenheitsverpflichtung" "die Information über die geplanten geo-redundanten Standorte bis Ende Dezember 2023 in der Schweiz" (vgl. Beschwerdebeilage 4, S. 12). Ausserdem hat sich die Beschwerdeführerin der Vergabestelle gegenüber zur Bekanntgabe weitergehender Informationen und Details unter einer Vertraulichkeitsvereinbarung (Non-Disclosure Agreement) bereit erklärt (Beschwerde, Rz. 41 und 44 mit Hinweis auf S. 4 ihres Management Summary [Beschwerdebeilage 10]).

6.4.2 Zur Begründung, weshalb sie auf die Offenlegung der entsprechenden Roadmap verzichtet habe, gibt die Beschwerdeführerin Geschäftsgeheimnisse an (Beschwerde, Rz. 44 f.). Die Vergabestelle entgegnet, mittels einer öffentlichen Roadmap sollten die geplanten Absichten der Anbieterinnen nachvollzogen werden können (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 56). Einer öffentlich verfügbaren Planung komme eine höhere Verbindlichkeit zu als internen Absichtserklärungen. Dies bestreitet die Beschwerdeführerin und entgegnet, massgebend sei vielmehr der Inhalt der zur Verfügung gestellten Information (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 18). Sie habe für ihre Rechenzentren in der Schweiz bereits langfristige Verträge abgeschlossen (Beschwerde, Rz. 48 und 49; Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 18).

6.4.3 Zunächst ist der Beschwerdeführerin dahingehend beizupflichten, dass im Abschluss längerfristiger Verträge eher eine grössere Verbindlichkeit zu erkennen ist als in einer öffentlichen Bekanntmachung einer Planung. Jedenfalls deutet die Angabe der Beschwerdeführerin darauf hin, dass ihre Erweiterungspläne weit mehr als "interne Absichtserklärungen" sind. Das bedeutet aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht, dass sich die Vorgabe der Vergabestelle, wonach sie nur öffentliche Ankündigungen mit Bewertungsvorteilen belohnen will, als rechtswidrig erweist. Richtig ist, dass es im Ergebnis sinnvoller gewesen wäre, öffentliche Ankündigungen oder Schritte von mindestens vergleichbarer Verbindlichkeit (wie eben Verträge über die Erstellung geo-redundanter Infrastrukturen) zu belohnen. Zutreffend ist aber auch, dass die Vergabestelle nicht eine entsprechende Mindestvorgabe definiert hat, deren Nichteinhaltung zum Ausschluss der in Frage stehenden Anbieterin führen würde, womit der Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts jedenfalls prima facie hinreichend Rechnung getragen ist. Ausserdem ist das ZK02 mit lediglich 10 Prozent gewichtet, womit die insoweit nicht optimalen Vorgaben in Bezug

auf die Bewertung den der Vergabestelle zustehenden Ermessensspielraum (vgl. E. 6.3.1 hiervor) offensichtlich nicht sprengen. Dieses Ergebnis wird prima facie durch den Umstand, dass unter dem ZK02 immerhin eine Anbieterin mit 10 Punkten und eine weitere mit 5 Punkten belohnt worden ist, gestützt (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 6.4.5, S. 23).

6.4.4 Zusammenfassend ergibt sich erstens, dass das Zuschlagskriterium ZK02 offensichtlich so zu verstehen war, dass nur Punkte erhält, wer "anhand einer der Öffentlichkeit zugänglichen Information die entsprechende Roadmap" aufzeigt (vgl. E. 6.3.6 hiervor). Zweitens war der Vergabestelle durch die Angaben der Beschwerdeführerin in der Offerte zu ZK02 bekannt, dass die Beschwerdeführerin den Aufbau einer (nach dem Verständnis der Vergabestelle) geo-redundanten Infrastruktur plant, auch wenn diese nicht öffentlich kommuniziert war. Drittens lag es im Ermessen der Vergabestelle, im Rahmen des ZK02 nur für öffentlich kommunizierte Roadmaps Punkte zu vergeben, auch wenn eine Zulassung gleichwertiger Nachweise für die Verbindlichkeit der Roadmapplanung prima facie wohl sachgerechter gewesen wäre (vgl. E. 6.4.3 hiervor).

6.5 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, sie habe in ihrem Angebot unter dem Eignungskriterium EK03 ausgeführt, wo sich ihre Rechenzentren weltweit befinden und dies mit einem öffentlich zugänglichen Link unterlegt. Damit habe sie "ohne Weiteres nachvollziehbar aufgezeigt", dass sie in der Region Zürich bereits heute drei voneinander unabhängige Rechenzentren betreibe (Beschwerde, Rz. 43 f.).

6.5.1 Gemäss EK03 muss der Anbieter über Rechenzentren auf mindestens drei Kontinenten (inkl. Europäischem Wirtschaftsraum) verfügen und seine Public Cloud Services einer internationalen Kundschaft zur Verfügung stellen (Anforderungskatalog [Anhang 1], S. 5). Das Eignungskriterium ist wie folgt definiert:

Nr.	Eignungskriterium	Angaben des Anbieters
EK03	**Leistungsstandorte** Der Anbieter verfügt über Rechenzentren auf mindestens 3 Kontinenten (inkl. Europäischem Wirtschaftsraum) und stellt seine Public Cloud Services einer internationalen Kundschaft zur Verfügung. **Nachweis:** Bestätigung in der Antwortbox und Dokumentation der Standorte geliefert.	☐ Der Anbieter bestätigt die Erfüllung des Kriteriums und die geforderte Dokumentation liegt bei. *Verweis auf Dokumentation*

Der Nachweis erfolgt mittels Bestätigung in der Antwortbox, dass das Kriterium erfüllt und die geforderte Dokumentation zu den Standorten beigelegt seien. Im Rahmen der Fragerunde wurde seitens der Vergabestelle ausserdem präzisiert, dass es sich beim Eignungskriterium EK03 um ein Ausschluss-Kriterium handle und das Anbieten von mehreren Datenzentren einzig in der Schweiz nicht genüge. Der Anbieter müsse auch welche auf anderen Kontinenten anbieten (vgl. Fragen und Antworten Nr. 1 und 6, Frage und Antwortkatalog [Beschwerdebeilage 7 und Vorakte 3]; siehe auch E. 6.6.2 hiernach).

6.5.2 In ihrem Angebot bestätigte die Beschwerdeführerin die Erfüllung des Eignungskriteriums EK03 und führte aus, dass Google Cloud in Nord- und Südamerika, in Europa, im Mittleren Osten, Asien und Australien Rechenzentren unterhalte (vgl. Angebot der Beschwerdeführerin [Beschwerdebeilage 4], S. 9; Beschwerde, Rz. 40). Sie gab weiter an, dass Google Cloud seit März 2019 in Zürich eine sog. 3-Zonen Region betreibe. Ebenso zählte sie die Standorte der sich in Europa befindlichen Rechenzentren auf und verwies mit dem Zusatz "Details zu allen Google Cloud Data Center Locations sowie unserem globalen Netzwerk finden sie unter folgendem Link: https://cloud.google.com/about/locations)" auf weiterführende, öffentlich zugängliche Informationen. Der Beschwerde hat die Beschwerdeführerin einen Auszug des Links als Beilage 9 beigelegt.

6.5.3 Unter diesem Link <https://cloud.google.com/about/locations> sind sämtliche Cloud-Standorte der Google Cloud Plattform aufgeführt (vgl. Beschwerdebeilage 10). Da zeigt sich, dass Zürich eine sog. 3-Zonen Region ist (vgl. dazu auch E. 6.5.4 hiernach). Gemäss dieser Karte befinden sich weitere 3-Zonen Regionen auf europäischem Boden in Frankfurt, London und Warschau sowie in Belgien, den Niederlanden und Finnland. Weiter sind unter diesem Link auch die verfügbaren Produkte pro Standort sowie all jene Produkte, welche standortunabhängig erhältlich sind, aufrufbar. Hier zeigt sich, dass am Standort Zürich nahezu alle Cloud-Produkte, welche die Beschwerdeführerin gemäss dieser Aufzählung anbietet, erhältlich sind (vgl. <https://cloud.google.com/about/locations>, aufgerufen am 9. September 2021).

6.5.4 Was unter einer Cloud Region mit 3 Zonen zu verstehen ist, wird seitens der Beschwerdeführerin in Ziffer 2.3 des Management Summary (Beschwerdebeilage 10, S. 13), welche die Anbieterinnen ihrem Angebot gemäss Ziffer 7.2 des Pflichtenhefts beilegen mussten, unter der Überschrift "Google Cloud Netzwerk" erläutert (Beschwerde, Rz. 42 f.):

> "Das Google Cloud-Netzwerk besteht aus Regionen, die aus mehreren Zonen gebildet werden. Zonen sind voneinander unabhängig: Eine Zone verfügt normalerweise über eigene Stromversorgungs-, Kühlungs-, Netzwerk- und Steuerebenen, die von anderen Zonen isoliert sind. Wenn eine Zone nicht mehr verfügbar ist, kann der Verkehr automatisch in eine andere Zone in derselben Region übertragen werden, um die Dienste (bei gleicher Latenz) betriebsbereit zu halten."

6.5.5 Damit gibt die Beschwerdeführerin an, dass sie in der Region Zürich bereits heute drei voneinander unabhängige Rechenzentren betreibt (Beschwerde, Rz. 43 f.). Diese würden zwar auf demselben Campus stehen, seien aber in unterschiedlichen Server-Racks in separierten Rechenzentren eingebaut und wiesen damit eine physische Distanz auf (Beschwerde, Rz. 46). Folglich zeige sich, dass ihr Angebot bereits zum Zeitpunkt der Offerteinreichung als geo-redundant im Sinne des Zuschlagskriteriums ZK02 angesehen werden könne (Beschwerde, Rz. 44). Entsprechend hätte die Vergabestelle, so die Ansicht der Beschwerdeführerin, ihr Angebot unter dem ZK02 mit dem Maximum von 10 Punkten bewerten müssen (Beschwerde, Rz. 43).

6.6

6.6.1 In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, was unter "Geo-Redundanz" zu verstehen ist. Dazu ist festzuhalten, dass sich in den Ausschreibungsunterlagen und namentlich auch im Dokument "Begriffserklärung" (Anhang 3 zum Pflichtenheft) keine Definition des Begriffes finden lässt. Die Vergabestelle bestreitet dies nicht, weist in diesem Zusammenhang aber zutreffend darauf hin, dass die Anbietenden darauf vertrauen dürfen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinne versteht (BVGE 2019 IV/1 E. 3.3 "cotisations sociales" in Bezug auf Eignungskriterien; BVGE 2018 IV/2 E. 6.2 "Produkte zur Innenreinigung I", BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Damit bringt sie richtigerweise zum Ausdruck, dass die Beschwerdeführerin aus ihrem eigenen Verständnis von "geo-redundant" nichts zu ihren Gunsten ableiten kann, soweit der in Frage stehende Begriff im herkömmlichen Sinne nicht ebenso verstanden wird. Damit ist im Folgenden zu prüfen, was der angesprochene Fachkreis unter "geo-redundant" verstehen darf und muss (Zwischenentscheid des BVGer B-5504/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 6.4.2 f. "IT/Vertragsmanagementsystem").

6.6.2 Die Vergabestelle stellt sich diesbezüglich vorab auf den Standpunkt, der Beschwerdeführerin obliege insoweit eine Fragepflicht; sie habe eine Nachfrage zur Geo-Redundanz unterlassen (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 3.2.1, Rz. 50). Diesbezüglich ist – mit Hinweis auf E. 4.1 hiervor – prima facie festzuhalten, dass aus dem Kreise der Anbieter der Wunsch nach Klärung formuliert worden ist. Eine Anbieterin hat explizit auch in Bezug auf das ZK02 die Frage gestellt, was die einschlägigen Anforderungen ("requirements") seien. Die Antwort der Vergabestelle hat diesbezüglich keine Klärung gebracht, wie sich nachfolgend zeigt:

Nr.	Frage	Antwort
6	In EK03, you require at least 3 ''Leistungsstandorte'' on 3 different continents and, on another hand, you ask in ZK02 that all required services are available and geo redundant in Switzerland. What are the requirements that we should take into account?	The requirements listed under ''Eignungskriterien (EK)'' and ''Technischen Spezifikationen (TS)'' are to be fully respected. Even the slightest deviation will render the entire proposal invalid. The requirements listed under ''Zuschlagskriterien (ZK)'' serve the purpose of ranking between proposals. Deviations will merely diminish the chance to receive a supplement (DE: Zuschlag).

6.6.3 Vor diesem Hintergrund kann der Vergabestelle jedenfalls nicht gefolgt werden, wenn sie sinngemäss geltend macht, die Rüge der Unbestimmtheit der Vorgaben zur Geo-Redundanz sei offensichtlich nicht zu hören, weil die Beschwerdeführerin selbst keine solche Frage gestellt habe. Tatsache ist vielmehr, dass die Vergabestelle durch den diesbezüglichen Klärungsbedarf nicht überrascht worden ist. Damit ist im vorliegenden Zusammenhang nicht vertieft darauf einzugehen, inwiefern sich die Frage einer anderen Anbieterin insoweit zugunsten der Beschwerdeführerin auswirkt.

6.7

6.7.1 Zur Bedeutung des Begriffs "geo-redundancy" verweist die Vergabestelle auf die Erläuterungen in den öffentlich abrufbaren Key Terms der Beschwerdeführerin zu ihrem Cloud Storage (vgl. Beilage 17 der Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021). Darin führt diese was folgt aus:

> "Data that is geo-redundant is stored redundantly in at least two separate geographic places separated by at least 100 miles. Objects stored in multi-regions and dual-regions are geo-redundant, regardless of their storage class.
>
> Geo-redundancy occurs asynchronously, but all Cloud Storage data is redundant within at least one geographic place as soon as you upload it.
>
> Geo-redundancy ensures maximum availability of your data, even in the event of large-scale disruptions, such as natural disasters. For dual-regions, geo-redundancy is achieved using two specific regions. For multi-regions, geo-redundancy is achieved using any combination of data centers within the specified multi-region, which may include data centers that are not explicitly listed as available regions."

6.7.2 Weiter beruft sich die Vergabestelle auf die Definition des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik BSI der Bundesrepublik Deutschland, wonach unter "Geo-Redundanz" der Einsatz von zwei oder mehreren vollständig funktionsfähigen Datacentern an entfernten Standorten, um Beeinträchtigungen bei Wartungsarbeiten bis hin zu Katastrophenfällen wie höhere Gewalt zu vermeiden, verstanden wird (vgl. Bundesrepublik Deutschland, Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik BSI, "Kriterien für die Standortwahl von Rechenzentren – Standort-Kriterien RZ Version 2.0", Ziff. 4, S. 15 ff., abrufbar unter: < https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Sicherheitsberatung/Standort-Kriterien_RZ/Standort-Kriterien_Rechenzentren.pdf?__blob=publicationFile&v=1 >; OTTO GEISSLER/ULRIKE OSTLER, Was ist unter Georedundanz zu verstehen?, abrufbar unter: < https://www.datacenter-insider.de/was-ist-georedundanz-a-894461/ >, beide zuletzt abgerufen am 22. August 2021; sowie Beilage 16 zur Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021). In diesem Dokument wird festgehalten, dass in der Literatur zur Frage des Geo-Redundanz-Abstands diverse, teils weit auseinandergehende Vorgaben und Empfehlungen zu finden sind, welche keine eindeutige Basis für eine klare Festlegung bieten (vgl. BSI, a.a.O., Ziff. 5.4.10, S. 24). Ziel des BSI sei es jedenfalls, dass die einander Geo-Redundanz gebenden Rechenzentren (d.h. meist zwei oder drei) räumlich so weit voneinander entfernt sind, dass selbst ein Grossschadensereignis nicht gleichzeitig oder zeitnah mehrere Rechenzentren einer solchen Gruppe treffen soll (vgl. BSI, a.a.O., Ziff. 4 Einleitung). Das BSI geht gemäss diesem Dokument seit dem Jahre 2019 davon aus, dass die einander Geo-Redundanz gebenden Rechenzentren mindestens 200 km, aber keinesfalls weniger als 100 km, Entfernung zueinander haben (vgl. BSI, a.a.O., Ziff. 4.1). Offenbar empfahl das BSI bis Dezember 2018 einen Mindestabstand von fünf Kilometern (vgl. ULRIKE OSTLER, BSI: Georedundanz bedeutet 200 Kilometer zwischen den

Rechenzentren, abrufbar unter: < https://www.datacenter-insider.de/bsi-georedundanz-bedeutet-200-kilometer-zwischen-den-rechenzentren-a-793699/ >, abgerufen am 10. September 2021).

6.7.3 Damit zeigt sich zusammenfassend prima facie, dass für die Bejahung von Geo-Redundanz mindestens zwei Datencenter, welche räumlich voneinander entfernt liegen, benötigt werden. Richtig ist in Übereinstimmung mit der Darstellung der Beschwerdeführerin auch, dass die Vergabestelle weder eine eigene Definition zugrunde gelegt noch spezifische Vorgaben in Bezug auf ihre Anforderungen an die Geo-Redundanz gemacht hat. Insofern zeigt sich aus dem Gesagten, dass die Anforderungen an die Separierung je nach Bedürfnis wechseln, sodass ohne klare Vorgaben nicht auszuschliessen ist, dass zum Beispiel in der Schweiz bereits angesichts der geringeren Fläche unseres Landes möglicherweise ein anderes Verständnis zugrunde zu legen ist als das von der Vergabestelle angerufene in Deutschland. Welches die einschlägigen Vorgaben sind, lässt sich auch nicht ohne Weiteres aus der Fachpresse bzw. einschlägigen Materialien des Bundes eruieren. Gewisse Hinweise lassen sich immerhin durch anpreisende Aussagen der Branche gewinnen. So bietet etwa die in mehreren Branchen aktive MTF optimalen Schutz an vor grossflächigen Katastrophen durch die Geo-Redundanz der Datencenter mit mehr als 25 km Luftdistanz (< https://www.mtf.ch/de/cloud/technologie/data-center/ >, zuletzt besucht am 11. Oktober 2021). Die vor allem im Finanzdienstleitungssektor tätige Inventx preist ihre Lösung zur Geo-Redundanz mit dem Satz an, dank der Distanz von über 100 Kilometern gelte die Infrastruktur auch im Fall von grossen Naturkatastrophen als ausfall- und katastrophensicher (< https://inventx.ch/wp-content/uploads/2016/03/2-Pager_georedundantes_RZ.pdf >, zuletzt besucht am 11. Oktober 2021).

6.7.4 Angesichts des prima facie nicht klar und einheitlich bestimmten Begriffs "geo-redundant" erscheint jedenfalls nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass auch Rechenzentren, die weniger als 200 Kilometer auseinanderliegen, die entsprechenden Anforderungen an die Geo-Redundanz erfüllen. Indessen ergibt sich namentlich aus den beschriebenen Werbeaussagen, die das Katastrophenereignis als Orientierungsgrösse definieren und in der Folge von einer zumindest zweistelligen Kilometerzahl ausgehen (vgl. E. 6.7.2 hiervor), auch, dass die Platzierung mehrerer Rechenzentren auf dem gleichen Campus nach herkömmlichem Verständnis prima facie eher nicht als "geo-redundant" zu verstehen ist.

6.8

6.8.1 Damit stellt sich als nächstes die Frage, ob wie von der Beschwerdeführerin behauptet, seitens der Vergabestelle eine Nachfragepflicht bestand (Beschwerde, Rz. 44 f.; Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 17). Mit Verweis auf die bundesverwaltungsgerichtliche Praxis zu Offerten, die nicht den Anforderungen entsprechen (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.1.5.3, Rz. 133) macht die Vergabestelle geltend, sie sei zu solch einer Hilfestellung weder verpflichtet noch berechtigt gewesen (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.1.5.3, Rz. 132). Weiter führt die Vergabestelle aus (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 132), sie habe bezüglich den Zuschlagskriterien mit keiner Anbieterin eine Angebotsbereinigung durchgeführt (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.1.5.3, Rz. 132). Hätte sie dies gegenüber der Beschwerdeführerin getan, so wäre sie verpflichtet gewesen, gemäss dem Gleichbehandlungsprinzip bei allen Anbieterinnen entsprechend vorzugehen. Womöglich hätte das auch bei anderen Anbieterinnen zu Punkteverschiebungen geführt (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.1.5.3, Rz. 132).

6.8.2 Um die sich stellende Rechtsfrage einordnen zu können, ist kurz auf die erwähnte bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung einzugehen. Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus in Bezug auf unvollständige Offerten ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447 f.). Dabei unterscheidet die Praxis bei unvollständigen Offerten drei Kategorien (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"): Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (BVGE

2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 S. 254 E. 2.1.1 sowie AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). In diesem Sinne sind Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, grundsätzlich auszuschliessen (vgl. zu den Grenzen der Offertbereinigung insbesondere BVGE 2007/13 E. 3.4 "Vermessung Durchmesserlinie"). Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr").

6.8.3 Vorliegend steht nicht die Unvollständigkeit der Offerte zur Debatte, sondern die Angaben gemäss Offerte zur Erfüllung eines Zuschlagskriteriums, welches – wie die Vergabestelle in ihrer Antwort zu Frage 6 ausführt – die Chancen auf einen Zuschlagserhalt determiniert, aber bei Nichterfüllung nicht zum Ausschluss des Angebotes führt (vgl. E. 6.6.2 hiervor). Es kann sich auch in diesem Zusammenhang allenfalls die Frage stellen, ob es zulässig oder gar geboten ist, dass die Vergabestelle, namentlich wenn die Offerte – wenn auch vielleicht an einem anderen Ort als verlangt, also vorliegend beispielsweise zu EK03 statt zu ZK02 (vgl. E. 6.5.1 ff. hiervor) – Hinweise enthält, durch Rückfragen den Inhalt des Angebots klärt. Allerdings würde sich die Rückfrage im vorliegenden Fall auf die Bewertung auswirken, was nach der Rechtsprechung für Zurückhaltung spricht. Angesichts der im Wesentlichen von der Vergabestelle zu verantwortenden Unklarheit des Begriffs "Geo-Redundanz" liesse sich allenfalls argumentieren, dass eine solche Nachfrage zulässig sein könnte. Das bedeutet, dass sich die anderen Anbieter allenfalls nicht gegen ein solches Vorgehen hätten wehren können. Insofern gehört die Bereinigung eines solchen Mangels – was aber aufgrund der nachfolgenden Ausführungen letztlich offen bleiben kann – möglicherweise zur Kategorie jener Offerten, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.3 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Hiervon geht die Vergabestelle in casu denn auch aus (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Rz. 133). Es ist der Vergabestelle jedenfalls dahingehend zuzustimmen, dass ihr in

solch einem Fall ein Ermessensspielraum zustünde (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie").

6.8.4 In diesem Zusammenhang ist auf Ziff. 5.2 des Pflichtenhefts hinzuweisen (vgl. E. 6.3.3 hiervor). Darin erlaubt die Vergabestelle nicht nur, dass der Anbieter in seinem Angebot auf weiterführende Unterlagen verweist, sondern führt auch aus, dass sich die Vergabestelle Rückfragen beim Anbieter vorbehält. Es gilt daher festzustellen, dass auch wenn die Beschwerdeführerin aus besagter Passage im Pflichtenheft nicht eine Pflicht der Vergabestelle zur Nachfrage ableiten kann, gerade angesichts dessen, dass Erstere ihr "Nicht-ankreuzen" in der Antwortbox selber begründet hat, der Vergabestelle auch aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Offerte zu ZK02 selbst gewisse Hinweise vorlagen, die allenfalls Anlass zu einer Rückfrage hätten geben können (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr").

6.9 Prima facie ist der Beschwerdeführerin zumindest dahingehend zuzustimmen, dass sie im Antwortfeld zum ZK02 auf die geplante Erweiterung ihrer geo-redundanten Standorte in der Schweiz bis Ende Dezember 2023 nicht nur hinwies, sondern auch weitergehende Informationen anbot (vgl. E. 6.4 hiervor). Sie erklärt durch den Hinweis auf Geschäftsgeheimnisse auch, weshalb sie diese Information der Öffentlichkeit bis anhin noch nicht zugänglich gemacht hat. Weiter geht aus ihren Angaben zu EK03 sowie dem obligatorischen Management Summary hervor, dass aus öffentlich zugänglichen Informationen erkennbar ist, dass die Beschwerdeführerin in Zürich bereits zum Zeitpunkt der Offerteinreichung über geo-redundante Standorte verfügte (vgl. E. 6.5.1 hiervor). Was unter einer solchen 3-Zonen Region zu verstehen ist, wird in den vorerwähnten Dokumenten erläutert (vgl. E. 6.5.3 f. hiervor). Entsprechend lagen der Vergabestelle, welche in den Ausschreibungsunterlagen selber auf ihrer Rückfragemöglichkeit hingewiesen hat (E. 6.3.3 hiervor), genügend Informationen vor, um darin allenfalls einen Anlass zu sehen, Rückfragen zu stellen. Um aber die Beschwerde insofern als nicht offensichtlich unbegründet erscheinen zu lassen, wäre aber nicht nur erforderlich, dass eine Rückfrage als rechtlich zulässig erscheint, sondern dass der Verzicht auf eine solche überspitzt formalistisch und damit rechtswidrig erscheint, die Beschwerdeführerin die Rückfrage also erzwingen kann (vgl. E. 6.8.2 hiervor). Eine solche Konstellation ist im vorliegenden Fall namentlich mit Blick auf den Umstand, dass sich eine entsprechende Rüge auf die Bewertung auswirken würde, prima facie offensichtlich nicht gegeben. Damit erweist sich aber auch die

sich auf die Selbstbeurteilung der Beschwerdeführerin stützende Bewertung des Angebots derselben unter dem ZK 02 mit 0 Punkten als offensichtlich rechtskonform.

6.10 Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, dass die fünftplatzierte Zuschlagsempfängerin zwar in ihrer Selbsteinschätzung zu ZK02 von 10 Punkten ausging, vom Evaluationsteam aber keine Punkte erhielt, weil sie wohl die Erfüllung des Kriteriums annahm, aber offenbar keine Belege hierfür beilegte (Evaluationsbericht, Ziff. 6.4.2, S. 18). Indessen kann die Beschwerdeführerin nicht wegen der fehlerhaften Selbsteinschätzung der Zuschlagsempfängerin 5 in Verbindung mit den fehlenden einschlägigen Belegen deren Ausschluss erzwingen, wie sie replicando geltend macht (Replik zur aufschiebenden Wirkung, S. 3 f., Rz. 6 ff.). Der Ausschluss wegen falscher Angaben erfolgt namentlich wegen falscher Selbstdeklarationen in Bezug auf Teilnahmebedingungen (Art. 8 i.V.m. Art. 11 Bst. b und Art. 11 Bst. d aBöB; vgl. Art. 26 BöB und zum Ganzen BVGE 2019 IV/1 E. 3.4.2 "cotisations sociales"). Ein Ausschlussgrund muss indessen eine gewisse Schwere aufweisen, um vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Bestand zu haben (Urteil des BVGer B-4991/2020 vom 20. April 2021 E. 2.5 "Erneuerung Weissensteintunnel"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 486). Selbst soweit auch bewertungsrelevante falsche Angaben insoweit von Bedeutung sein können, wiegen falsche Angaben dann schwer, wenn sich die Vergabestelle auf diese verlässt (vgl. etwa das Urteil 7H 15 226 des Kantonsgericht Luzern vom 16. Februar 2016). Im vorliegenden Fall ist die Selbsteinschätzung neben den verlangten Nachweisen (vgl. E. 6.3.4 hiervor) nur eine zusätzliche Angabe zur Bewertung. Dementsprechend hat das Fehlen der entsprechenden Nachweise ohne Weiteres zu einem Verlust sämtlicher Punkte geführt (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 6.4.5, S. 23). In dieser Situation kann die Beschwerdeführerin den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin 5 offensichtlich nicht erzwingen, womit sich die Beschwerde prima facie auch insoweit als offensichtlich unbegründet erweist.

7.

Zusammenfassend ergibt sich zunächst, dass sich die Rüge betreffend das Erfordernis, wonach die Roadmap zur Geo-Redundanz der geforderten Services auf Schweizer Boden "anhand einer der Öffentlichkeit zugänglichen Information" aufzuzeigen ist, prima facie als nicht offensichtlich verspätet erweist (vgl. E. 4.3 hiervor). Das gilt möglicherweise auch in Bezug auf die mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot und die bundesgerichtli-

che Rechtsprechung zur Gewichtung des Preises formulierten Beanstandungen betreffend die gewählte Bewertungsmethode für das Zuschlagskriterium ZK05 "Preis Service Angebote (vgl. Anhang 2 Servicekatalog) ", was aber offen bleiben kann (vgl. E. 5.6.6 hiervor). Indessen erweisen sich die übrigen, gegen die Ausschreibung und flächendeckend gegen die Ausschreibungsunterlagen erhobenen Rügen der Beschwerdeführerin als offensichtlich verspätet (vgl. E. 4, insb. E. 4.4 hiervor). Nichtigkeitsrügen, die unbestrittenermassen weder Zuständigkeitsfragen oder Verfahrensfehler betreffen, sondern rein materiellrechtlich begründet sind, führen nach der Rechtsprechung wegen einer schwerwiegenden materiellrechtlichen Fehlerhaftigkeit nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit (vgl. E. 5.3 hiervor). Diese Schwelle wird im vorliegenden Fall prima facie nicht erreicht, weil für den Abruf eine Art Mini-Tender-Verfahren vorgesehen ist, das zwar in gewissen Punkten angreifbar ist, aber erstens den Vertragsgegenstand in einer Weise umschreibt, die jedenfalls nicht geradezu zur Nichtigkeit führt (vgl. E. 5.4.4 hiervor) und zweitens – entgegen den anders lautenden Behauptungen der Beschwerdeführerin – weder de facto zu freihändigen Vergaben im Rahmen des Abrufs führt noch den Rechtsschutz vollständig ausschaltet (vgl. E. 5.5.4 hiervor). Auch die Rügen betreffend die Bewertung und Gewichtung des Preises führen nicht zur Nichtigkeit und erweisen sich, selbst soweit sie allenfalls nicht offensichtlich verspätet sind, als prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 5.6.6 hiervor; siehe auch die Zusammenfassung in E. 5.7). Ausserdem erweisen sich die Bewertungsrügen der Beschwerdeführerin in Bezug auf das ZK02 prima facie als offensichtlich unbegründet. Namentlich sprengt es den Ermessensspielraum der Vergabestelle nicht, dass sie im Rahmen der Bewertung auf der Öffentlichkeit zugängliche Informationen abgestellt hat (vgl. E. 6.4.3 f. hiervor). Schliesslich stellen sich prima facie aufgrund der unklaren Definition durchaus Fragen, was mit "Geo-Redundanz" in Bezug auf die Entfernung genau gemeint ist, wobei prima facie immerhin ein Katastrophenereignis als Orientierungsgrösse dient (vgl. E. 6.7 hiervor). Indessen führt das trotz der festgestellten weiterführenden Hinweise in der Offerte der Beschwerdeführerin prima facie offensichtlich nicht dazu, dass die Vergabestelle zu Rückfragen bei der Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen wäre mit der Folge, dass allenfalls eine andere Bewertung in Erwägung zu ziehen gewesen wäre (vgl. E. 6.8 hiervor).

8.

8.1 Erweist sich eine Beschwerde prima facie als offensichtlich unbegründet, soweit die Rügen nicht offensichtlich verspätet erhoben worden sind,

so erübrigt sich eine Interessenabwägung (vgl. E. 2.3 hiervor). Indessen rechtfertigen sich diesbezüglich einige Ausführungen, nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 20. September 2021 wegen Dringlichkeit den teilweisen Leistungsbezug zur Vermeidung einer Unterbrechung der Dienste von swisstopo bzw. zugunsten der Geodaten-Infrastruktur des Bundes bewilligt hat.

8.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt es zu beachten, dass Produkte oder Dienstleistungen, in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht, für die Vergabestelle oft unverzichtbar sind (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.8.1 "Tunnelorientierungsbeleuchtung", B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 6.2 "Support Software ORMA"). Diesfalls drängt es sich auf, nicht in Bezug auf den ganzen in Frage stehenden Auftrag eine Interessenabwägung vorzunehmen, sondern mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot zu entscheiden, ob nicht vorsorglich eine den Gesamtumfang der Beschaffung nicht in ungebührlicher Weise präjudizierende Teilmenge zur Beschaffung freigegeben werden kann (vgl. Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 8.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich", B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 8.1 "Tunnelorientierungsbeleuchtung", B-3526/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 4.5 ff. "HP-Monitore" und B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 10.3 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342). Soweit die Vergabestelle indessen geltend macht, die Weiterführung laufender Projekte der Bundesverwaltung wäre aufgrund des zeitlichen Aufschubes insgesamt gefährdet (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021, Ziff. 4.2, Rz. 135 ff.), so ist ihr zu entgegnen, dass selbst wenn bezogen auf gewisse Projekte eine zeitliche Dringlichkeit bejaht würde, dies jedenfalls nicht dazu führen kann, dass die Interessenabwägung für den gesamten, fünf Jahre dauernden Rahmenvertrag zugunsten der Vergabestelle ausfällt (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 E. 6.8.3 "Tunnelorientierungsbeleuchtung").

9.

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle. Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist die Gewährung der Akteneinsicht teilweise ins Hauptverfahren zu verschieben (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 "Mediamonitoring ETH-Bereich" und

B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als der Beschwerdeführerin nicht nur im Rahmen des Debriefings, sondern auch im Rahmen der Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 23. August 2021 (insbesondere deren Beilagen) und der Einreichung der Vorakten relevante Aktenstücke ganz oder mit gewissen Abdeckungen zugestellt worden sind. Vor allem ist der Beschwerdeführerin anschliessend im Rahmen der Instruktion auch die Bewertung der Zuschlagsempfängerin 5 zum ZK02, unter Gewährung des diesbezüglichen Replikrechts, offengelegt worden. Aufgrund der erhaltenen Unterlagen kann sich die Beschwerdeführerin demnach ohne Weiteres ein Bild von der Ausgangslage machen, namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenentscheid B-5941/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 5.3 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 I" sowie die Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 6 "HP-Monitore"). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

10.
Mit Blick auf die Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdeführerin wird der vorliegende Zwischenentscheid bzw. dessen Begründung den Zuschlagsempfängerinnen später separat zugestellt.

11.
Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

2.1 Der Akteneinsichtsantrag der Beschwerdeführerin wird einstweilen abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

2.2 Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

3.
Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

4.
Den Zuschlagsempfängerinnen wird der vorliegende Zwischenentscheid einstweilen lediglich im Dispositiv eröffnet.

5.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

6.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 204859; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
– die Zuschlagsempfängerinnen (Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form; einstweilen nur im Dispositiv)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner Sabine Büttler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 19. Oktober 2021