



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
stm/bub/fma

Zwischenverfügung vom 20. September 2021

In der Beschwerdesache

Parteien

Google Commerce Ltd.,
70 Sir John Rogerson's Quay, IE-Dublin 2,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Gregor Bühler 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),

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) für das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation BIT (Bedarfsstelle) betreffend das Projekt "(20007) 608 Public Clouds Bund" (Projekt-ID 204859) am 14. Juni 2021 der A._____ AG, der B._____ Sarl, der C._____ GmbH, der D._____ GmbH und der E._____ Limited (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen) im offenen Verfahren je einen Zuschlag erteilt hat,

dass die Google Commerce Ltd. (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gegen die auf der Internetplattform SIMAP am 24. Juni 2021 publizierte Zuschlagsverfügung der Vergabestelle (Meldungsnummer 1202937) mit Eingabe vom 13. Juli 2021 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhebt,

dass die Beschwerdeführerin namentlich beantragt, es sei die Nichtigkeit der erfolgten Zuschläge festzustellen und die Sache sei zur Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens an die Vergabestelle zurückzuweisen, und eventualiter verlangt, es sei der an die Zuschlagsempfängerin 5 erfolgte Zuschlag aufzuheben und es sei dieser Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen,

dass die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht namentlich beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (vorab supervisorisch) zu erteilen (Verfahrensantrag 1),

dass der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 15. Juli 2021 angeordnet hat, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen, zu unterbleiben haben,

dass sich die Vergabestelle mit Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung vom 23. August 2021 einerseits auf den Standpunkt stellt, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet, und andererseits beantragt, die aufschiebende Wirkung sei zufolge Dringlichkeit nicht zu gewähren, denn sie sei auf die rasche Nutzung der ausgeschriebenen Dienste, namentlich für Swisstopo, angewiesen, ohne jedoch konkrete Anträge betreffend eine vorsorgliche Erlaubnis des Bezuges von Leistungen zu stellen,

dass der Schriftenwechsel im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung nach Eingang der namentlich auf die geltend gemachte Dringlichkeit beschränkten Replik mit Verfügung vom 7. September 2021 geschlossen wurde,

dass die Vergabestelle mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 15. September 2021 unter anderem für den Fall, dass der Beschwerde im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung wider Erwarten die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden sollte, beantragt, es sei der Vergabestelle die Erlaubnis zu erteilen, während des laufenden Verfahrens in beschränktem Umfang von der Zuschlagsempfängerin B. _____ Sàrl auf Basis bereits bestehender Vertragsbeziehungen Cloud-Leistungen abzurufen,

dass ihre prozessualen Anträge wie folgt lauten:

1. *Der Vergabestelle sei zu erlauben, zur Vermeidung einer Unterbrechung der Dienste von Swisstopo über einen Zeitraum von 12 Monaten entsprechend dem Betrag von CHF 1.15 Mio. (exkl. MwSt.) Cloud-Leistungen von B. _____ SARL zu beziehen, unter folgenden Auflagen:*
 - (a) *Der Bezug hat zu den Bedingungen gemäss Zuschlagsverfügung vom 23. November 2017 (simap-Meldungsnummer 996297) zu erfolgen; und*
 - (b) *die Erlaubnis ist befristet bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids in der Hauptsache, längstens jedoch bis zum 30. September 2022.*
2. *Der Vergabestelle sei superprovisorisch, ohne Anhörung der Beschwerdeführerin, zu erlauben, zur Vermeidung einer Unterbrechung der Dienste von Swisstopo Cloud-Leistungen von B. _____ SARL zu beziehen, unter folgenden Auflagen:*
 - (a) *Es darf maximal ein Betrag von CHF 287'500 (exkl. MwSt.) abgerufen werden;*
 - (b) *Der Bezug hat zu den Bedingungen gemäss Zuschlagsverfügung vom 23. November 2017 (simap-Meldungsnummer 996297) zu erfolgen; und*
 - (c) *Die Erlaubnis ist befristet bis zum 31. Dezember 2021.*

dass die Vergabestelle ihre Anträge damit begründet, dass Swisstopo diese Cloud-Leistungen in erster Linie benötige, um die Geodaten-Infrastruktur des Bundes weiter zu betreiben und damit Geo-Informationen

zur Verfügung zu stellen (vgl. Stellungnahme vom 15. September 2021, Rz. 8), und angesichts dessen, dass geplant gewesen sei, diese Anwendung künftig über die Rahmenverträge mit den Zuschlagsempfängerinnen der streitbetroffenen Ausschreibung abzurufen, die von Swisstopo betriebenen Geo-Fachanwendungen und -Services von einem akuten Systemunterbruch bedroht seien (vgl. Stellungnahme vom 15. September 2021, Rz. 9),

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. September 2021 beantragt, auf die verspäteten Anträge der Vergabestelle sei nicht einzutreten, eventualiter seien diese wegen fehlender bzw. gegebenenfalls selbst verschuldeter Dringlichkeit abzuweisen,

dass Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden (Art. 62 BöB; vgl. Urteil des BVGer B-1565/2021 vom 15. Juni 2021 S. 3 f. "Mangelanlage Wäscherei"), womit auf das vorliegende Verfahren das alte Recht (Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [aBöB, AS 1996 508 ff. SR 172.056.1]) anwendbar ist,

dass im öffentlichen Beschaffungswesen die aufschiebende Wirkung lediglich auf Gesuch hin erteilt wird (Art. 28 Abs. 2 aBöB), wobei bei nicht offensichtlich unbegründeten Beschwerden eine Interessenabwägung vorzunehmen ist (BVGE 2017 IV/3 E. 3.2 "Mobile Warnanlagen"),

dass wenn eine hinreichende Dringlichkeit ganz oder teilweise zu bejahen ist, auch offen gelassen werden kann, ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist,

dass auch vorsorgliche Massnahmen getroffen werden können, welche im Ergebnis zu einer teilweisen Gewährung der aufschiebenden Wirkung führen (Zwischenverfügung B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 3.3 "HP-Monitore"),

dass nach Art. 39 VGG der Abteilungspräsident oder der Instruktionsrichter das Verfahren bis zum Entscheid leitet,

dass über Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags aufgrund der den Endentscheid präjudizierenden Wirkung praxisgemäss in Dreierbesetzung geurteilt wird (vgl. zum Ganzen PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER,

Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen),

dass demgegenüber der Instruktionsrichter allein über die Anträge, der Vergabestelle sei der Bezug einer ersten Tranche der in Frage stehenden Lieferungen zu bewilligen, entscheidet, sofern Dringlichkeit geltend gemacht wird, die in Frage stehenden Lieferungen unterteilbar sind und die beantragte Erlaubnis zum Leistungsbezug nur einen kleinen, die Anordnungen in Bezug auf die gesamte Leistung nicht übermässig präjudizierenden Anteil des Beschaffungsgegenstands zum Gegenstand hat (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-3380/2021 vom 8. September 2021, S. 3 mit Hinweisen "Identity and Access Management"),

dass dabei keine Hauptsachenprognose gemacht wird, da diese praxisgemäss dem Dreierspruchkörper vorbehalten ist, sondern lediglich eine Interessenabwägung vorgenommen wird,

dass der Antrag der Vergabestelle vom 15. September 2021, superprovisorisch einen Leistungsbezug zu erlauben, mit Verfügung vom 16. September 2021 abgewiesen worden ist, womit nur noch über ihren ersten prozessualen Antrag zu befinden ist,

dass Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens die Beschaffung von Public Cloud Services durch fünf Cloud Service Provider für den Zeitraum vom 1. September 2021 bis zum 31. August 2026 ist,

dass die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 15. September 2021 darlegt, dass die durch Swisstopo betriebenen Geo-Fachanwendungen und -Services von einem Systemunterbruch akut bedroht seien, weil die Geodaten-Infrastruktur des Bundes (BGDI) auf Basis einer Public Cloud-Infrastruktur von der Zuschlagsempfängerin B._____ Sàrl laufe und aufgrund einer grösseren Nachfrage als erwartet das Volumen des Vertrages, der gemäss Zuschlagsverfügung vom 23. November 2017 (SIMAP-Meldungsnummer 996297) mit B._____ Sàrl abgeschlossen worden sei, nahezu ausgeschöpft sei (vgl. Stellungnahme vom 15. September 2021, Rz. 13), weshalb spätestens ab dem 30. September 2021 kein Leistungsbezug unter dem bestehenden Vertrag mehr möglich sei, unabhängig davon, dass der aktuelle Vertrag noch bis Ende 2022 laufen würde (vgl. Stellungnahme vom 15. September 2021, Rz. 13),

dass die Vergabestelle erläutert, dass angesichts dessen, dass geplant war, diese Anwendung künftig über die Rahmenverträge mit den Zuschlagsempfängerinnen der streitbetroffenen Ausschreibung abzurufen, die von Swisstopo betriebenen Geo-Fachanwendungen und -Services, von einem akuten Systemunterbruch bedroht seien (vgl. Stellungnahme vom 15. September 2021, Rz. 9),

dass die Vergabestelle weiter vorbringt, dass der Bund durch Art. 10 GeolG verpflichtet werde, Geobasisdaten öffentlich zugänglich zu machen, was ihm aber mangels ausreichender Cloud-Verfügbarkeit bereits Ende September 2021 nicht mehr möglich sein werde, womit nicht nur eine gesetzliche Aufgabe vereitelt, sondern auch kritische Daten für Rettungsdienste, Vermessungsfachleute, Alpinisten und andere wichtige Dienste gestoppt würden (vgl. Stellungnahme vom 15. September 2021, Rz. 10), sodass ein eminentes öffentliches Interesse daran bestehe, dass die Geoinformationen weiterhin und ohne Unterbruch öffentlich verfügbar sind, zumal hierzu keine Alternativen bestünden (vgl. Stellungnahme vom 15. September 2021, Rz. 15),

dass die Vergabestelle schliesslich darauf hinweist, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Replik zur aufschiebenden Wirkung selber auf diesen Vertrag hingewiesen habe und gegen den Bezug dieser Leistungen nichts einzuwenden habe (vgl. Stellungnahme vom 15. September 2021, Rz. 13 mit Hinweis auf die Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 29 ff.),

dass die Beschwerdeführerin beantragt, auf die ihrer Auffassung nach verspäteten Anträge der Vergabestelle nicht einzutreten, und eventualiter die Dringlichkeit bestreitet mit der Begründung, dass die Vergabestelle nicht belege, dass die Vertragssumme für den Vertrag mit B. _____ Ende September 2021 wirklich erschöpft ist (Stellungnahme vom 17. September 2021, Rz. 3),

dass die Beschwerdeführerin ausserdem geltend macht, dass eine allfällige Dringlichkeit selbst verschuldet sei, weil ein derartiger Bedarf durchaus vorhersehbar gewesen sei, weshalb die Swisstopo längst ein offenes Verfahren für die Beschaffung konkreter Cloud-Leistung hätte einleiten können,

dass namentlich Dienstleistungen, in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht, für die Vergabestelle oft unverzichtbar sind, weshalb es sich mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot rechtfertigen

kann, eine Teilmenge zur Beschaffung freizugeben (Zwischenverfügung B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 4.1 "HP-Monitore"),

dass die dargelegte Dringlichkeit als hinreichend erscheint, um einen teilweisen Leistungsbezug im beantragten Umfang zu rechtfertigen,

dass der Beschwerdeführerin zwar dahingehend zuzustimmen ist, dass es der Vergabestelle ohne Weiteres möglich gewesen wäre, ihre entsprechenden Anträge bereits mit Stellungnahme vom 23. August 2021 zu stellen, es aber mit Blick auf die Gewährleistung der Dienstleistungen keinen Sinn macht, auf allenfalls verspätet gestellte Anträge wegen Verwirkung nicht einzutreten,

dass die Beschwerdeführerin ausserdem zu Recht geltend macht, dass die Vergabestelle die Dringlichkeit bzw. das Erschöpfen der Vertragssumme aus dem laufenden Vertrag mit der B. _____ per Ende September 2021 nicht hinreichend belegt (vgl. zur Substantiierungspflicht in Bezug auf die Dringlichkeit etwa den Zwischenentscheid B-5937/2020 vom 26. Februar 2021 E. 9 "MÜLS Kerenzertunnel I"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 in fine),

dass es indessen vorliegend sachgerecht erscheint, die plausibel dargelegte Dringlichkeit für das Treffen der angebehrten Anordnungen genügen zu lassen und die entsprechenden Belege nachzuverlangen,

dass das Argument der Beschwerdeführerin, wonach ordentliche Beschaffungsverfahren angestrengt werden können, zwar etwas für sich hat mit Blick auf allfällige weitere Vorabbezugsbegehren der Vergabestelle, wogegen aber der vorliegend strittige Bedarf zumindest für die Dauer des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens ausser Streit gestellt werden soll, womit die Beschränkung auf eine Teiltranche in der Höhe von Fr. 287'500 bis zum 31. Dezember 2021, wie sie die Beschwerdeführerin beantragt, nicht sachgerecht erscheint,

dass die von der Vergabestelle vorgeschlagene Formulierung, nur die für die Sicherstellung des ununterbrochenen Betriebs und die zur Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit von Swisstopo zu den Bedingungen gemäss Zuschlagsverfügung vom 23. November 2017 (SIMAP-Meldungsnummer 996297) zwingend notwendigen und betragsmässig auf Fr. 287'500 und Fr. 1,15 Mio. (jeweils exkl. MwSt.) eingeschränkten Dienste beziehen zu dürfen, impliziert, dass nur der Bezug von objektiv dringlichen Leistungen erlaubt ist,

dass eine Gutheissung des Antrags der Vergabestelle, derartige Leistungen in kleinen Tranchen zu beziehen, auch das Endurteil mit Blick auf den Leistungsumfang des Rahmenvertrags von 110 Millionen Franken nicht in einer kritischen Weise präjudiziert,

dass sich die Erlaubnis nur zum Leistungsumfang, nicht aber zu den Bedingungen für die Leistungserbringung ausspricht,

dass nach dem Gesagten dem Antrag Nummer 1 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens, spätestens aber bis zum 30. September 2022, stattzugeben ist,

dass über die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Vergabestelle wird erlaubt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens, längstens aber bis zum 30. September 2022, zur Vermeidung einer Unterbrechung der Dienste von Swisstopo über einen Zeitraum von 12 Monaten entsprechend dem Betrag von Fr. 1,15 Mio. (exkl. MwSt.) von der bisherigen Leistungserbringerin B. _____ Sàrl Cloud-Leistungen zu beziehen, wie sie gemäss Zuschlagsverfügung vom 23. November 2017 (SIMAP-Meldungsnummer 996297) definiert werden.

2.

Die Vergabestelle wird ersucht, dem Gericht zur dargelegten Erschöpfung der Vertragssumme aus dem mit der B. _____ Sàrl laufenden Vertrag bis zum 8. Oktober 2021 entsprechende Belege einzureichen.

3.

Über die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit dem Endentscheid befunden werden.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Einschreiben, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 204859; Rechtsvertreter; Einschreiben, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerinnen (Einschreiben, vorab in elektronischer Form)

Der Instruktionsrichter:

Marc Steiner

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 den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die 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: 20. September 2021