

BVGer B-2431/2020 vom 7. September 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-09-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2431_2020

FR: TAF B-2431/2020 du 7 septembre 2020

IT: TAF B-2431/2020 del 7 settembre 2020

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1, m.H. "Hörge-räte").

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

E. 1.2

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m. H. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 1.3

Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 ihrer Ausschreibung vom 1. Mai 2019 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen sowohl nach GPA (vgl. Anhang 1 Annex 4) als auch nach dem auf den 1. Juni 2002 in Kraft getretenen bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68, vgl. Anhang VI) eine sogenannte Positivliste (Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11] Anhang 1a). Entsprechend verweist Art. 5 Abs.

1 Bst. b BÖB auf den Anhang 1 Annex 4 GPA (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1045). Die für die Geltung der Staatsverträge in sachlicher Hinsicht massgebliche Dienstleistungs-Positivliste verweist auf einzelne Ziffern der provCPC-Klassifikation (Provisional Central Product Classification) (zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 ff. "Personalverleih"; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). In Ziffer 2.1 der Ausschreibung wies die Vergabestelle die Beschaffung der Dienstleistungskategorie CPC "[27] Sonstige Dienstleistungen" zu. Die Vergabestelle wies die Beschaffung sodann den Gemeinschaftsvokabular (Common Procurement Vocabulary, CPV)-Kategorien 72300000 "Datendienste", 72000000 "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" sowie 72410000 "Diensteanbieter" zu (Ziff. 2.5 der Ausschreibung). Die genannten CPV-Angaben entsprechen der Sache nach einer Dienstleistung der provCPC-Referenznummer 84 "Informatik und verbundene Tätigkeiten", welche unter anderem im Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführt ist. Der Beschaffungsgegenstand betrifft die Auslagerung von vom Zentrum elektronische Medien (ZEM) benötigten Rechenleistungen in ein externes Rechenzentrum (Ziff. 2.6 der Ausschreibung). Die aktuelle Lösung besteht aus der Miete von 2 Server-Racks und entsprechenden IT-Diensten beim bestehenden Co-Location Dienstleister. Mit der Ausschreibung wird ein Anbieter gesucht, mit dem der kontinuierliche Betrieb der IT-Infrastruktur gewährleistet werden kann (vgl. Ziff. 3.1 des Pflichtenhefts Co-Location ZEM PLUS). Die Einstufung in die CPV-Kategorien 72300000 "Datendienste", 72000000 "IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" sowie 72410000 "Diensteanbieter" sowie in die CPC-Kategorie "[27] Sonstige Dienstleistungen" erscheinen daher als zutreffend. Die vorliegende Beschaffung betrifft demnach einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BÖB. Die Vergabestelle macht denn auch nicht geltend, dass die nachgefragte Dienstleistung dem BÖB nicht unterstehe. Die Beschaffung fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des BÖB. Angesichts dessen, dass der Preis des berücksichtigten Angebots zwischen Fr. 711'592.- und Fr. 2'361'102.- liegt, ist davon auszugehen, dass der geschätzte Auftragswert den für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- übersteigt (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BÖB bzw. Art. 6 Abs. 2 BÖB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]).

E. 1.4

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BÖB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 1.5

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.6

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BÖB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BÖB und Art. 37 VGG).

E. 1.7

Das BÖB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BÖB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

E. 1.7.1

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. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht auf dem zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen. Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; BGE 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"; Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.2 "IT-Dienste ASALfutur").

E. 1.7.2

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil ihr Angebot nicht berücksichtigt und der Zuschlag einer Mitbewerberin erteilt wurde.

E. 1.7.3

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Ausschluss- und der Zuschlagsverfügung, den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren sowie die Zuschlagserteilung an sich selbst. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung und zur neuen Zuschlagserteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Sie macht unter anderem geltend, die ausgeschlossene respektive nicht berücksichtigte Beschwerdeführerin habe bei Gutheissung der Beschwerde oder im Falle einer Wiederholung des Vergabeverfahrens eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot

den Zuschlag zu erhalten, unter anderem deshalb, weil die heutige Zuschlagsempfängerin richtigerweise vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Beschwerdeführerin legt detailliert dar, welche Eignungskriterien die Zuschlagsempfängerin ihrer Auffassung nach nicht erfülle. Sie legt weiter dar, dass ihr eigenes Angebot im Rahmen der ersten Zuschlagserteilung gemäss damaliger Auskunft der Vergabestelle bei den Qualitätskriterien überall die maximale Punktzahl erreicht habe. Lediglich die damalige Bewertung des Angebotspreises habe verhindert, dass ihr Angebot den Zuschlag erhalten habe. Im wiederaufgenommenen Vergabeverfahren habe die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin überraschend ausgeschlossen und nicht mehr bewertet. Die Vergabestelle führt ihrerseits aus, erweise sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin als rechtmässig, sei sie mit ihren weiteren Rügen, die sich allein auf die Zuschlagsempfängerin beziehen würden, nicht zu hören, zumal sie keine Aufhebung des Verfahrens beziehungsweise eine Neuausschreibung verlange. Ihr Antrag auf Aufhebung der Ausschlussverfügung sei in diesem Fall abzuweisen, während auf ihre Anträge auf Ausschluss der Zuschlagsempfängerin beziehungsweise auf Aufhebung und Neuerteilung des Zuschlags mangels Beschwerdelegitimation nicht eingetreten werden könne.

E. 1.7.4

Im vorliegenden Vergabeverfahren wurden insgesamt drei Angebote eingereicht. Dem "Evaluationsbericht zur Re-Evaluation zum Projekt Co Location ZEM Plus" (im Folgenden: Evaluationsbericht) vom 25. März 2020 lässt sich entnehmen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin im Re-Evaluationsverfahren das günstigste war und nur aufgrund des fehlenden Zertifikates Tier IV beziehungsweise aufgrund der Nicht-Erfüllung der technischen Spezifikation vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Weiter geht aus dem Evaluationsbericht hervor, dass die Vergabestelle im Re-Evaluationsverfahren die Antworten der Zuschlagsempfängerin auf die ihr von der Vergabestelle gestellten Fragen als zufriedenstellend beurteilt hat. Dass das Angebot der Beschwerdeführerin, wenn es nicht ausgeschlossen worden wäre, aus anderen Gründen nicht als das wirtschaftlich günstigste beurteilt worden wäre, geht aus dem Evaluationsbericht nicht hervor und wird auch von der Vergabestelle gar nicht behauptet.

E. 1.7.5

Würde die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge durchdringen, wonach der Ausschluss ihres Angebots rechtswidrig sei, so hätte sie daher eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.8

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.9

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdeführerin rügt, der mit dem fehlenden Zertifikat begründete implizite Ausschluss ihres Angebots sei rechtswidrig, willkürlich und überspitzt formalistisch. Der angebliche Mangel in ihrem Angebot ("Kein Zertifikat Tier IV") existiere gar nicht. Die Unsicherheit oder Unklarheit sei auf die zu wenig präzise Umschreibung in den Ausschreibungsunterlagen beziehungsweise auf das mangelnde Verständnis der

Vergabestelle zur Zertifizierung des Uptime Institutes zurückzuführen. Das Uptime Institute definiere in seinem Zertifizierungsschema die Tiers I bis IV, welche für jeweils unterschiedliche Grade der Zuverlässigkeit (Redundanz), Entwärmungsleistung und Verfügbarkeit stünden, wobei Tier IV die beste Zertifizierung darstelle. Innerhalb des Tier IV Standards unterscheide das Uptime Institute weitere Unterkategorien, nämlich die "Tier IV Certification of Design Documents" (im Folgenden auch: Tier IV-Zertifizierung Designpläne) und die "Tier IV Certification of Constructed Facility" (im Folgenden auch: Tier IV-Zertifizierung gebaute Anlage). In der Schweiz verfüge einzig die Swisscom über beide Typen. Beide Untergruppen gehörten zu dem von der Vergabestelle geforderten Tier IV Standard. Zudem habe die Vergabestelle offenbar nicht gewusst, dass das Uptime Institute gar keine eigentlichen Zertifikate ausstelle. Die für jede Tier-Stufe existierenden Uptime-Labels (sog. "Foil"), was am ehesten einem Zertifikat entspreche, trügen weder Signatur noch Stempel des Instituts. Der angebliche Mangel "Kein Zertifikat Tier IV" existiere daher gar nicht. In ihrem Angebot vom 11. Juni 2019 habe die Beschwerdeführerin ihr Rechenzentrum "B._____" unter anderem wie folgt beschrieben: "Die Colocation B._____ wurde 2018/2019 von X._____AG neu erstellt, entsprechend den neuesten Anforderungen geplant, gebaut und wird gerade durch das Uptime Institut Tier IV zertifiziert [...]." Anlässlich der ersten Evaluation sei diese Angabe von der Vergabestelle zu Recht nicht weiter hinterfragt und das Angebot in der Folge unter den Zuschlagskriterien bewertet worden. In der Begründung ihrer Verfügung vom 19. November 2019, mit der sie ihren Zuschlag vom 9. Oktober 2019 in Wiedererwägung gezogen habe, habe die Vergabestelle auf Umstände verwiesen, welche die Vergleichbarkeit der eingegangenen Angebote, namentlich in Bezug auf die Bewertung der Angebotspreise, in Frage stellten. Zudem habe sie angegeben, ergänzende Abklärungen treffen zu müssen, ob das Angebot der Zuschlagsempfängerin den technischen Leistungsanforderungen entspreche. Mit E-Mail vom 9. Dezember 2019 habe die Vergabestelle das Vergabeverfahren wiederaufgenommen und der Beschwerdeführerin Frist bis am 6. Januar 2020 gesetzt, um das von der Vergabestelle im Nachgang zum Beschwerdeverfahren B-5634/2019 angepasste Preisblatt auszufüllen und einzureichen sowie auch das "Tier IV Zertifikat" gemäss Uptime Institute einzureichen. Dieser Aufforderung sei die Beschwerdeführerin fristgerecht nachgekommen und habe unter anderem die mit Unterschrift des zuständigen Chief Technical Officers des Uptime Institutes versehene schriftliche Bestätigung über die erfolgreiche Zertifizierung "Tier IV Certification of Design Documents" eingereicht. Am 3. Februar 2020 habe die Vergabestelle per E-Mail weitere Rückfragen bezüglich des Preisblatts gestellt, welche die Beschwerdeführerin ebenfalls innert Frist beantwortet habe. Der mit dem fehlenden Zertifikat begründete implizite Ausschluss der Beschwerdeführerin lasse sich daher sachlich nicht rechtfertigen und sei willkürlich. Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, sie habe mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass die Datensicherheit und -integrität für das ZEM von erstrangiger Bedeutung und eine (vollständige) Tier IV-Zertifizierung unabdingbar seien. In Ziff. 3.3 des Pflichtenhefts habe sie eine Anbieterin mit langjähriger Erfahrung in den Bereichen Co-Location von IT-Diensten, Betrieb einer Serverinfrastruktur nach Tier IV gemäss Uptime Institute und Informationssicherheit und Datenschutz (nach DSGVO) gesucht. Die technischen Bedingungen, welche die Rechenzentren der Anbieter erfüllen müssten, seien im Dokument "Leistungsanforderung" (Beilage 2.0 zum Pflichtenheft) konkretisiert. Hierzu gehöre insbesondere eine Tier IV-Zertifizierung des amerikanischen Uptime Institutes. Die Vergabestelle habe ferner im SIMAP-Frageforum erneut bekräftigt, dass die Tier IV-Zertifizierung ein Muss-Kriterium

darstelle. Eine reine Design-Zertifizierung sage wenig bis nichts über die Funktionstüchtigkeit des gebauten Rechenzentrums aus. Spätestens beim Studium der Vergabeunterlagen hätte dies dem Anbieter bewusst sein müssen. Die Beschwerdeführerin versuche, die Bedeutung der Tier IV-Zertifizierung und die Verbindlichkeit der entsprechenden Nachweisforderung zu relativieren und sei damit nicht zu hören. Es sei die Vergabestelle, welche gestützt auf ihre vorgängige Bedarfsermittlung die Leistungsanforderungen festlege. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Vergabestelle ihren Ermessensspielraum in rechtswidriger Weise überschritten hätte. Daher müsse der Umstand, dass die Beschwerdeführerin bei Einreichung des überarbeiteten Angebots keinen vollständigen Nachweis der Tier IV-Zertifizierung erbracht und damit ein wichtiges Muss-Kriterium nicht erfüllt habe, zum zwingenden Ausschluss ihres Angebots führen. Anders als bei mittelschweren Formfehlern, die allenfalls durch Rückfragen der Vergabestelle behoben werden könnten, habe diesbezüglich kein Ermessen der Vergabestelle bestanden. Weder sei der Ausschluss unverhältnismässig noch überspitzt formalistisch. Im Gegenteil habe die Vergabestelle der Beschwerdeführerin im Rahmen der Einladung zur Einreichung eines überarbeiteten Angebots sogar die Möglichkeit geboten, das fehlende Zertifikat (innerhalb der neuen Angebotsfrist) nachzureichen.

E. 2.1

Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 m. H. "Studie Schienengüterverkehr"). Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.4.2 "Gittermasten"; Urteile des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.15.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3 "Neubau Galgenbucktunnel"). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie", mit Verweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-017 vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.33 E. 2a/aa). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013 Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 5.8 "Produkte zur Innenreinigung III"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie").

E. 2.2

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt.

Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (vgl. dazu grundlegend BGE 132 I 249 E. 5). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 m. H. "Vermessung Durchmesserlinie"). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus 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 (Urteile des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.2 "Lüftung Kaserne Thun III" und B-985/2015 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.).

E. 2.3

Zusammenfassend unterscheidet die Praxis bei unvollständigen, aber auch bei nicht den Anforderungen entsprechenden Offerten drei Kategorien: 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 (AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Ein wesentlicher Formfehler liegt vor, wenn das Angebot mehr als nur untergeordnete Regeln der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen über den Beschaffungsgegenstand nicht oder ungenügend erfüllt (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie"). Massstab für die Beurteilung ist - abgesehen vom Gleichbehandlungsgebot - die Vergleichbarkeit der Angebote. Kann das fehlerhafte Angebot aufgrund der Formfehler nicht mit den Angeboten anderer Anbieter verglichen werden, ist regelmässig von einem wesentlichen Formfehler auszugehen (vgl. Hans Rudolf Trüb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 19 BöB N. 6 m. H.). Fehlen relevante Angaben oder Unterlagen im eingereichten Angebot, führt das zum Ausschluss (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2 "Erneuerung Funksystem"). Auch Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. Produktanforderungen sind, soweit sich aus der Ausschreibung nichts Anderes ergebe, absolute Kriterien: Ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteile des BVGer B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.1 "Datennetzwerkkomponenten"; B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 "HP-Monitore"; Trüb, a.a.O., Art. 12 BöB N. 2). 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 gewissen 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 der Zweck, den die in Frage stehende (Form-)Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt

wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile des BGer 2C_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3; 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3; 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5.8; 2C_197/2010 vom 30. April 2010 E. 6.4; 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4). In derartigen Fällen muss die Vergabestelle zur Bereinigung der Mängel Hand bieten (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"). So kann ein Ausschluss etwa als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen oder wenn der Anbieter vergessen hat, gewisse Erklärungen abzugeben, die lediglich durch Ankreuzen eines Feldes des Offertformulars hätten erfolgen sollen (Urteil B-985/2015 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.), nicht aber, wenn ein Anbieter das verlangte Datenblatt des Lieferanten, aus dem bestimmte Eigenschaften des verwendeten Produkts hervorgegangen wären, nicht eingereicht hat (Zwischenentscheid des BVerger B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; Urteil des BVerger B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.2 "Elektroinstallationen Müllheim").

E. 2.4

Der Ausschluss eines Anbieters wegen Unvollständigkeit seiner Offerte setzt grundsätzlich voraus, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar bekannt gegeben hat, dass die entsprechenden Angaben oder Dokumente in der Offerte enthalten sein müssen.

E. 2.5

Im vorliegenden Fall enthielten die Ausschreibungsunterlagen das Erfordernis der Zertifizierung nach Tier IV gemäss Uptime Institute. Zum einen enthielt die Beilage 2.0 Leistungsanforderung Co-Location ZEM Plus die folgende Muss-Anforderung: 1 Geforderte Leistungen Verfügbarkeit: Der Anbieter sichert zu, dass er Serve[r]infrastrukturen nach Tier IV Zertifizierung gemäss Uptime Institute im eigenen Rechenzentrum in der Schweiz betreibt. Nachweis Zertifizierung In der Beilage 2.0 Leistungsanforderung wies die Vergabestelle sodann darauf hin, dass die Anforderungen zum Rechenzentrum als Muss-Kriterien definiert und unabdingbar seien, dies betreffe unter anderem den Bereich "Verfügbarkeit: Zertifizierung Tier IV nach Uptime Institute" (Beilage 2.0, Ziff. 3: Service Levels [Leistungsmerkmale]). Ferner wies die Vergabestelle im Pflichtenheft darauf hin, dass die in der Beilage 2.0 beschriebenen Leistungsanforderungen "vollständig und ohne Einschränkung oder Modifikation erfüllt und eingehalten werden" müssten. Als Bestätigung müsse die Beilage 2.0 vollständig ausgefüllt und rechtsgültig unterschrieben sowie mit den verlangten Nachweisen mit dem Angebot eingereicht werden. Andernfalls werde nicht auf das Angebot eingegangen (vgl. Pflichtenheft, Ziff. 5). Ebenfalls im Pflichtenheft verlangte die Vergabestelle ausdrücklich den "Betrieb der Serverinfrastruktur nach Tier IV gemäss Uptime Institute" (vgl. Pflichtenheft, Ziff. 3.3). Dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen hinreichend klargestellt hat, dass der Nachweis einer Zertifizierung Tier IV gemäss Uptime Institute zwingend erbracht werden müsse, ansonsten das Angebot ausgeschlossen werde, ist unter diesen Umständen zu Recht nicht bestritten.

E. 2.6

Umstritten ist vorliegend indessen, wie die Anforderung "Zertifizierung Tier IV gemäss Uptime Institute" von den Anbietern konkret zu verstehen war.

E. 2.6.1

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Anforderungen und Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BVGer B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.7 "Datennetzwerkkomponenten").

E. 2.6.2

Es trifft zu, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich präzisiert hat, dass eine Tier IV-Zertifizierung der "constructed facility" vorliegen müsse. Im Kontext der Evaluierung fragte die Vergabestelle mit E-Mail vom 4. Februar 2020 das Uptime Institute an, ob sie die Phasen der Zertifizierung richtig verstanden habe und erkundigte sich nach der erfahrungsgemässen Dauer dieser Phasen und der Möglichkeit, allenfalls nur eine Phase zertifizieren zu lassen. Der CTO des Uptime Institute führte in seiner Antwort vom 13. Februar 2020 dazu unter anderem aus: "Tier IV Certification of the facility does consist of two parts. The first part is the Tier Certification of Design Documents (TCDD). This is a document review of the design to ensure all aspects of the design comply with all requirements of Tier IV. The second part is the Tier Certification of Constructed Facility (TCCF). Where the TCDD is a document review, the TCCF is an actual demonstration of the facility under load. During this engagement, the critical areas of the data center are loaded with load banks up to the design load of the areas. This simulates a load on the electrical system and the mechanical systems as if the data center was supporting actual IT load. Then with this load active, various demonstrations are conducted to show the data center actually performs to the Tier IV requirements. This shows that not only was the design correct on paper but that the design actually performs and the facility was constructed properly and performs. While it is possible to only undergo the TCDD, this would not provide a certification for the facility, just the design. And while most things can be shown on paper, the TCCF ensures the facility performs. Without the TCCF, construction oversights or even errors in the design that were not evident during a design review could be present in the final facility putting the overall long term operations at risk for years to come." Diese Ausführungen zeigen, dass es sich bei der "Tier IV Certification of Design Documents" und der "Tier IV Certification of Constructed Facility" nicht um zwei alternativ mögliche Unterkategorien handelt, wie die Beschwerdeführerin das darstellt, sondern um zwei nacheinander zu bestehende Stufen bis zur Zertifizierung eines Rechenzentrums. Wenn die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen eine Zertifizierung der Serverinfrastrukturen nach Tier IV gemäss Uptime Institute verlangte, ohne eine dieser Stufen konkret zu benennen, konnte dies daher nur so verstanden werden, dass beide Stufen und damit die ganze Zertifizierung bestanden sein mussten. Dies gilt umsomehr, als die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hinwies, dass die in der Beilage 2.0 beschriebenen Leistungsanforderungen, zu welchen die Tier IV-Zertifizierung gehört, "vollständig und ohne Einschränkung oder Modifikation erfüllt und eingehalten" sein müssten (Pflichtenheft, Ziff. 5).

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt weiter sinngemäss, in Bezug auf das Erfordernis der "Tier IV-Zertifizierung" sei nicht nur die Frage des Umfangs der Zertifizierung, sondern auch die Frage des Zeitpunkts der Einreichung des entsprechenden Nachweises unklar geblieben. Die Vergabestelle habe die im SIMAP-Frageforum (nicht von der Beschwerdeführerin) gestellte Frage Nr. 3 "Kann man auch anbieten, wenn der Zertifizierungsprozess zwar läuft, das TIER IV Zertifikat jedoch noch nicht vorliegt?" am 29. Mai 2019 wie folgt beantwortet: "Die Tier IV Zertifizierung muss zum Zeitpunkt der Eingabefrist erfolgt sein (schriftlicher Nachweis), das Zertifikat selbst kann bis spätestens Vertragsabschluss nachgereicht werden." Die Beschwerdeführerin habe auf diese Antwort der Vergabestelle im SIMAP-Frageforum vom 29. Mai 2019 vertrauen dürfen. Die Nachreichung von Nachweisen sei demnach bis zum Vertragsschluss ausdrücklich erlaubt beziehungsweise vorliegend nötigenfalls weiterhin möglich gewesen. Die Vergabestelle bestreitet, dass die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass sie den Nachweis der (vollständigen) Tier IV-Zertifizierung (oder die fehlenden Teile davon) erst nach Einreichung des Angebots beziehungsweise dem Vergabeentscheid erbringen könne. Aus der Logik des Beschaffungsrechts ergebe sich, dass eine Vergabestelle im Zeitpunkt des Vergabeentscheids überprüfen können müsse, ob ein Anbieter die Submissionsbedingungen, darunter die Leistungsanforderungen, erfülle oder nicht. Für den Anbieter positive Tatsachen, die sich erst nach Ablauf des Eingabetermins ereignet hätten, dürften grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Vorliegend habe die Vergabestelle vorgegeben, dass die verlangten Nachweise spätestens im Zeitpunkt der Angebotseinreichung erbracht werden müssten. Diesbezügliche allfällige Zweifel seien spätestens mit Frage/Antwort Nr. 3 gemäss SIMAP-Frageforum ausgeräumt worden. Aus der Antwort Nr. 3 ergebe sich keine Einladung an Anbieter, die sich bei Offertabgabe noch im Zertifizierungsprozess befunden und die vollständige Zertifizierung (wenn überhaupt) erst nach Einreichung und Prüfung der Angebote erlangt hätten. Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin sei überdies nicht primär deshalb erfolgt, weil kein "Zertifikat" (im Sinne einer Zertifikatsurkunde) vorgelegen habe, sondern weil der Tier IV-Zertifizierungsprozess erwiesenermassen (noch) nicht abgeschlossen gewesen sei.

E. 3.1

Wie erwähnt, beantwortete die Vergabestelle Frage Nr. 3 im SIMAP-Frageforum wie folgt: "Die Tier IV Zertifizierung muss zum Zeitpunkt der Eingabefrist erfolgt sein (schriftlicher Nachweis), das Zertifikat selbst kann bis spätestens Vertragsabschluss nachgereicht werden." Es ist unbestritten, dass das Rechenzentrum der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Offerteingabe am 6. Januar 2020 erst die Tier IV-Zertifizierung Designpläne ("Tier IV Certification of Design Documents") erhalten hatte, die Zertifizierung gebaute Anlage ("Tier IV Certification of Constructed Facility") aber noch gar nicht durchgeführt worden war.

E. 3.2

Die Frage einer allfälligen Nachreichung des Zertifikats beziehungsweise des schriftlichen Nachweises der Zertifizierung kann sich daher nicht stellen, da eine Zertifizierung bis zum Zeitpunkt der Offerteinreichung nicht stattgefunden hatte und daher auch nicht nachgewiesen werden kann.

E. 4

Insbesondere in ihrer Replik kritisiert die Beschwerdeführerin die Anforderung nach einer vollständigen Zertifizierung der Serverinfrastrukturen nach Tier IV gemäss Uptime Institute. Sie erachtet sie sinngemäss als nicht erforderlich, denn sie bestreitet, dass es sich bei der streitgegenständlichen ZEM-Plattform um eine hochkritische IT-Infrastruktur handle. Gegenstand dieser "Medienproduktionsinfrastruktur" seien öffentlichkeitswirksame Produkte und Dienstleistungen in den Bereichen Ausbildung und Kommunikation, nicht aber, wie die Vergabestelle in der Beschwerdeantwort erstmals behauptete, "sensible Daten" oder sonstige sicherheitsrelevante Daten oder Produkte. Wäre letzteres der Fall, dürften die fragliche Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) beziehungsweise diesbezügliche Rechenleistung gerade nicht an Dritte ausgelagert werden, sondern müsste in einem bundeseigenen Rechenzentrum betrieben werden. Würde der ZEM-Betrieb tatsächlich besondere Integrität und Verfügbarkeit voraussetzen, würde dies überdies ein Konzept mit mindestens zwei örtlich unterschiedlichen Standorten voraussetzen. Neben übernationalen Normen (z.B. Europäische Norm EN 50600) existierten auch zahlreiche privatwirtschaftlich organisierte Zertifizierungen, die in ihrer Definition frei und keinem übernationalen einheitlichen Standard untergeordnet seien. Das Zertifizierungsschema des Uptime Institutes sei in der Branche zwar ein Begriff, jedoch kein Must, um Gewähr für ein sicheres, hochverfügbares Datencenter zu bieten. Der Wirtschaftsstandort Schweiz hätte ein Problem, wenn es, der Auffassung der Vergabestelle folgend, lediglich ein einziges "sicheres" Rechenzentrum der Swisscom gebe, welche den "Industriestandard" erfülle. In der Praxis würden sich andere Standards durchsetzen. Beispielsweise würden Banken, Versicherungen oder die Schweizerische Nationalbank, die seit 2016 im Rechenzentrum der Stadt Zürich eingemietet sei und in Bern über einen zweiten Standort verfüge, andere branchenübliche Standards verwenden. Selbst wenn Vergabestellen in der Schweiz eine Zertifizierung nach Uptime Institute verlangten, dann höchstens in den Levels II oder III. Vor diesem Hintergrund rechtfertige es sich nicht, für eine bloss PR- und Medienplattform einen Standard zu verlangen, den schweizweit nur ein einziges Unternehmen gewährleisten könnte. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, wäre die Formulierung der Muss-Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen effektiv so zu verstehen gewesen, dass beide Unterkategorien der Tier IV-Zertifizierung des Uptime Institutes hätten erfüllt sein müssen, so käme schweizweit einzig die Swisscom in Frage. Ein Wettbewerb unter Anbietern würde dadurch von Anfang an gänzlich verhindert. Jede Anbieterin, die die Swisscom nicht als Subunternehmerin zu gewinnen vermöge, bleibe aussen vor und sei von der Beschaffung ausgeschlossen, weil sie die Zertifizierungsanforderung der Vergabestelle nicht erfüllen könnte. Würde sich die Swisscom nur als Anbieterin aufstellen und keine Subunternehmerrolle eingehen, wäre sie in jedem Fall Zuschlagsempfängerin. Der Nachweis einer der Unterkategorien des Tier IV Levels des Uptime Institutes müsse demnach genügen, um am Verfahren teilzunehmen, ansonsten der Markt verschlossen und lediglich die Swisscom als geeignete Anbieterin in Frage käme. Die Vergabestelle erklärt dagegen, für die Informatikplattformen der Schweizer Armee bestehe generell ein erhöhter Schutzbedarf, und zwar unabhängig davon, ob und in welchem Umfang sie klassifizierte Informationen im Sinne der Informationsschutzverordnung (IschV; SR 510.411) enthalten würden. Die Plattformen von Armeen seien für Hacker ein attraktives Ziel. Allein das ZEM verzeichne täglich rund 1'000 Cyberangriffe. Das ZEM investiere daher beträchtliche finanzielle und zeitliche Ressourcen in die Cybersicherheit. Die Anbieter seien denn auch in den Ausschreibungsunterlagen an mehreren Stellen auf die Bedeutung des Informationsschutzes für das ZEM aufmerksam gemacht worden. Was die Bedeutung der

Tier IV-Zertifizierung angehe, so könne zum einen die Datensicherheit, das heisse die Sicherheit vor unerlaubten externen Zugriffen, gewährleistet werden. Zum anderen garantiere die Zertifizierung die Hochverfügbarkeit der Plattform und damit die Betriebssicherheit, welche für die Auftraggeberin mit ihren rund 300 Arbeitsstellen und das Funktionieren zahlreicher IT-Systeme ebenso zentral sei. Dazu gehörten unter anderem die mehrfache Absicherung der Stromversorgung, eine hinreichende Kühlung sowie die Datenanbindung des Rechenzentrums. Der Bund habe sich zudem zur Nachhaltigkeit öffentlicher Beschaffungen bekannt. Im Rahmen der Initiative "Vorbild Energie und Klima" strebe das Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) gemeinsam mit anderen Akteuren eine Steigerung der Energieeffizienz von Rechenzentren und anderen Infrastrukturen bis 2020 um 25 % an. Als Dienststelle des VBS sei die Auftraggeberin diesen Vorgaben verpflichtet. Diese Anforderungen könnten unter anderem über die Tier IV-Zertifizierung umgesetzt werden, ohne dass der Markt unnötig eingeschränkt werde. Von den Anbietern werde nicht verlangt, dass sie über eigene Tier IV-zertifizierte Rechenzentren verfügten. Den Anbietern sei es vielmehr von Beginn weg freigestanden, die Serverinfrastruktur in einem selbst- oder einem fremdbetriebenen Rechenzentrum unterzubringen. Subunternehmer und damit die Einmietung in fremdbetriebene Tier IV-zertifizierte Rechenzentren seien ausdrücklich zugelassen worden. Nur falls die Vergabestelle die Einmietung in fremdbetriebene Rechenzentren und damit Unterauftragsverhältnisse ausgeschlossen hätte, wäre eine unzulässige Marktbeschränkung zu prüfen. Diesfalls hätte die Vergabestelle auf eine Ausschreibung verzichten und den Auftrag von vornherein freihändig vergeben können. Nach Kenntnis der Vergabestelle biete die Swisscom ihre Housing-Dienstleistungen grundsätzlich allen Geschäftskunden an. Es wäre der Beschwerdeführerin offen gestanden, sich im zertifizierten Swisscom-Rechenzentrum einzumieten. Ein Grossteil der geforderten Leistungen werde nicht vom Betreiber des Rechenzentrums, sondern von den Anbietern selbst erbracht, so beispielsweise die Planung, Leitung, Koordination und Dokumentation; die Einrichtung der Zugangsberechtigung und Sicherheitsschulung für 5 Mitarbeiter des Auftraggebers; die Unterstützung bei der Einrichtung der IT-Infrastruktur; Setup und Inbetriebnahme der Co-Location Dienste; Support und vieles mehr. Entsprechend hänge auch die Preisgestaltung nur zu einem geringen Teil von den Mietpreisen der Swisscom ab und liege weitgehend im Ermessen der Anbieter. Es entspreche einer verbreiteten Praxis, dass sich Anbieter von Rechenleistungen in fremdbetriebene Rechenzentren einmieteten. Die Tatsache, dass in der Schweiz bislang nur die Swisscom über eine Tier IV-Zertifizierung verfüge, habe andere Anbieter demnach nicht daran gehindert, ein kompetitives Angebot einzureichen. Das Argument der Marktbeschränkung sei damit widerlegt. In ihrer Triplik führt die Beschwerdeführerin ergänzend aus, dass ein nach Tier IV konzipiertes und realisiertes Rechenzentrum gemäss Uptime Institute lediglich Aufschluss über die baulichen und betrieblichen Eigenschaften in Bezug auf die Brandabschnitte, die Verfügbarkeit, Redundanz von Stromversorgung und Klimatisierung gebe, mithin die Art und Weise, wie das Rechenzentrum gebaut und betrieblich ausgelegt sei. Eine Hochverfügbarkeit der Plattform garantiere dagegen auch eine Tier IV-Zertifizierung nicht; sie bestätige bloss, dass das entsprechende Server-Rack hochverfügbar mit Strom versorgt und die entstehende Abwärme abgeführt werde (konstante Temperatur). Demgegenüber sage dieses Zertifikat überhaupt nichts aus hinsichtlich der Datensicherheit oder der Verhinderung unerlaubter Zugriffe; es habe nicht den Betrieb der Server-Infrastruktur zum Gegenstand. Welches IT-System im fraglichen Rack laufe und welche

Sicherheitsvorkehrungen diesbezüglich getroffen worden seien, werde im Rahmen der Tier IV-Zertifizierung weder geprüft noch Standards hierzu bescheinigt. Ein Rechenzentrum mit Tier IV-Zertifikat biete also keinen besseren Schutz vor Cyber-Angriffen als eines ohne dieses Zertifikat. Es bedürfe anderweitiger betrieblicher respektive IT-mässiger Vorkehrungen und Sicherheitsmassnahmen, um diesen Schutz sicherzustellen.

E. 4.1

Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 3.2 "Produkte zur Innenreinigung I"; Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser"; Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 66.38 E. 5a). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenverfügung B-822/2010 E. 4.2 f. m.H. "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" m.H. auf Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65). Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden (Art. VI Ziff. 3 GPA; vgl. zum Hinweis "oder gleichwertig" Art. 16a Abs. 4 VöB und zum Ganzen den Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 66.38 E. 5b/bb). Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter beziehungsweise nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen. Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziff. 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit" m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409).

E. 4.2

Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe deswegen so hohe Ansprüche gestellt, damit nur die von ihr gewünschte Anbieterin für die Zuschlagserteilung in Frage kommen würde, trifft offensichtlich nicht zu. Die Zuschlagsempfängerin verfügt selbst auch nicht über ein Tier IV-zertifiziertes Rechenzentrum, sondern erfüllt diese Anforderung, indem sie die Swisscom als Subunternehmerin vorgesehen hat.

E. 4.3

Es ist unbestritten, dass im Zeitpunkt der Offerteinreichung in der Schweiz lediglich die Swisscom über ein eigenes Rechenzentrum verfügte, das die in Frage stehende Tier IV-Zertifizierung aufweist. Im Zeitpunkt der Ausschreibung war zwar nicht bekannt, wie

viele andere Rechenzentren, die sich damals ebenfalls im Zertifizierungsprozess des Uptime-Institutes befanden, diesen rechtzeitig abschliessen würden. Aufgrund der von den potentiellen Anbietern gestellten Fragen ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nicht die einzige Anbieterin war, deren Rechenzentrum den Zertifizierungsprozess bereits begonnen hatte. Indessen konnte auch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass mehrere andere Anbieterinnen den Zertifizierungsprozess rechtzeitig würden abgeschlossen haben. Wie die Vergabestelle ausführt und der Website der Swisscom entnommen werden kann, bietet die Swisscom unter dem Namen "Telehousing metro" in Rechenzentren an verschiedenen Standorten die Nutzung eigener Rechnerräume (Private Room) oder abschliessbare Racks in einem gemeinsam genutzten Raum (Shared Rackroom) an. Beim "Telehousing metro" stellt die Swisscom klimatisierte Räumlichkeiten für die Hardware des Kunden im Betriebsgebäude der Swisscom zur Verfügung und gewährleistet eine entsprechende Betriebssicherheit, Sicherheitseinrichtungen wie Brand- und Zutrittsschutz, mit Notstrom gesicherte Stromversorgung sowie das hochverfügbare Kühlungssystem [vgl. Swisscom > Telehousing metro, Fact Sheets Shared Rackroom bzw. Private Room <<https://www.swisscom.ch/de/business/enterprise/angebot/cloud-data-center/telehousing-metro.html>>, letztmals besucht am 7. September 2020]. Es ist daher unbestritten, dass nicht nur die Zuschlagsempfängerin, sondern auch andere potentielle Anbieterinnen, darunter auch die Beschwerdeführerin, auf diese Möglichkeit hätten zurückgreifen können. Dass die Swisscom dazu nicht oder nicht zu angemessenen Preisen bereit gewesen wäre, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und erscheint auch als unwahrscheinlich, konnte doch die Zuschlagsempfängerin die Swisscom als Subunternehmerin in das wirtschaftlich günstigste Angebot einbinden, obwohl die Swisscom gleichzeitig selbst ein eigenes Angebot einreichte. Dennoch stellt die Notwendigkeit, auf die Swisscom als einzig mögliche Subunternehmerin zurückzugreifen, eine relevante Beschränkung des Wettbewerbs dar, welche nach einer sachlichen Rechtfertigung verlangt.

E. 4.4

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle dargelegt, dass die von ihr verlangte Tier IV-Zertifizierung erforderlich sei, damit die Datensicherheit, das heisst die Sicherheit vor unerlaubten externen Zugriffen, gewährleistet sei. Auch sei dadurch die Hochverfügbarkeit der Plattform und damit die Betriebssicherheit garantiert, welche für ihre rund 300 Arbeitsstellen und das Funktionieren der zahlreichen IT-Umsysteme zentral sei. Die Tier IV-Zertifizierung gewährleiste auch eine Steigerung der Energieeffizienz um 25 %, womit das Nachhaltigkeitsziel, das das Departement sich gesetzt habe, eingehalten werde. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass das Zertifikat etwas über die Datensicherheit oder die Verhinderung unerlaubter Zugriffe aussage und dass die Anforderung einer Tier IV-Zertifizierung für die in Frage stehende Beschaffung überhaupt erforderlich sei. Sie weist indessen nicht nach, dass die von der Vergabestelle dargelegten Bedürfnisse an die Verfügbarkeit und Betriebssicherheit effektiv nicht beziehungsweise lediglich in einem wesentlich geringeren Ausmass bestehen. Sie kritisiert auch zu Recht nicht, dass die Vergabestelle sich vergaberechtswidrig verhalte, wenn sie die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand so formuliere, dass auch die vom Departement gesetzten Nachhaltigkeitsziele eingehalten werden können. Soweit die von der Vergabestelle gestellten hohen Anforderungen die Verfügbarkeit und Betriebssicherheit sowie die Einhaltung von Nachhaltigkeitszielen betreffen, ist somit davon auszugehen, dass sie im konkreten Fall sachlich begründet sind und dass die Tier IV-Zertifizierung geeignet ist, die

Erfüllung dieser Anforderungen nachzuweisen.

E. 4.5

Eine andere Frage ist, ob die von der Vergabestelle sachlich begründeten hohen Anforderungen an die Verfügbarkeit, Betriebssicherheit und Nachhaltigkeit zwingend durch eine Tier IV-Zertifizierung des Uptime-Institutes nachgewiesen werden müssen oder ob die Vergabestelle im Interesse eines grösseren Wettbewerbs nicht auch andere, gleichwertige oder fast gleichwertige Zertifikate von anderen Zertifizierungsstellen hätte akzeptieren müssen. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin, soweit sie geltend macht, wegen der dargelegten Beschränkung des Wettbewerbs hätte die Vergabestelle sich mit dem Nachweis, dass der Zertifizierungsprozess in Gang sei und dass die eingereichten Designpläne den Zertifizierungsanforderungen entsprächen, begnügen müssen, da dieser Stand des Zertifizierungsprozesses, wie dargelegt, die Erfüllung der Anforderungen an die Verfügbarkeit, Betriebssicherheit und Nachhaltigkeit weder in vergleichbarer Weise noch auch nur annähernd belegt. Hingegen behauptet die Beschwerdeführerin, dass es auf dem Markt noch andere, gleichwertige Zertifizierungen gebe. Damit impliziert sie, dass durch die Akzeptierung auch derartiger Zertifizierungen der Wettbewerb hätte signifikant erweitert werden können. Sie macht indessen nicht konkret geltend, dass sie selbst über eine derartige andere Zertifizierung verfüge. Auch hat sie ihr Argument, dass eine IV-Zertifizierung gemäss Uptime Institute zu wettbewerbsverengend sei und daher auch andere, gleichwertige Zertifizierungen zuzulassen seien, erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren geltend gemacht. Die Frage kann gestellt werden, ob die Beschwerdeführerin nicht nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, einen derartigen Einwand rechtzeitig vor der Offerteingabe gegenüber der Vergabestelle vorzubringen, so dass diese darauf hätte reagieren und die Ausschreibungsunterlagen hätte anpassen können. Letztlich können diese Fragen indessen offengelassen werden, da die Beschwerdeführerin, wie dargelegt, gar nicht konkret geltend macht, sie könne an Stelle der noch nicht vorhandenen Tier IV-Zertifizierung durch das Uptime Institute eine gleichwertige oder fast gleichwertige Zertifizierung nach einem anderen, branchenüblichen Standard vorweisen.

E. 4.6

Die Rüge, die verlangte Zertifizierung nach Tier IV gemäss Uptime Institute sei vergaberechtswidrig, erweist sich daher als unbegründet.

E. 5

Die Beschwerdeführerin kritisiert überdies, die Vergabestelle habe sich widersprüchlich und gegen Treu und Glauben verhalten, indem sie das Angebot der Beschwerdeführerin offensichtlich - wie die Rückfragen im Februar 2020 zum Preisblatt zeigten - durchaus einer erneuten Bewertung anhand der Zuschlagskriterien unterzogen, das Angebot dann aber ausgeschlossen habe. Dieser Ausschlussgrund sei ausserdem zu diesem Zeitpunkt bereits verwirkt gewesen und der Umstand, welchen die Vergabestelle nun als Unvollständigkeit beziehungsweise Mangel des Angebots anrufe, hätte - auch wenn er als zutreffend angesehen würde (was bestritten werde) - zwingend bereits im ursprünglichen Vergabeverfahren zum Ausschluss führen müssen. Es sei nicht zulässig, bei der teilweisen Verfahrenswiederholung in Wiedererwägung des ursprünglichen Zuschlags bereits bekannte, aber nicht beanstandete Umstände mit einem Ausschluss zu sanktionieren. Die Vergabestelle bestreitet, dass sie sich treuwidrig oder widersprüchlich verhalten haben sollte. Nachdem die Beschwerdeführerin mit ihrem ersten Angebot nicht in Frage

gekommen sei, habe für die Vergabestelle kein Anlass bestanden, dem bereits damals fehlenden Zertifikat nachzugehen, zumal die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot (wahrheitswidrig) bestätigt habe, die Leistungsanforderungen vorbehaltlos einzuhalten. Hingegen habe die Vergabestelle der Beschwerdeführerin aus Fairnessgründen im Hinblick auf die Einreichung des überarbeiteten Angebots die Möglichkeit gegeben, dieses Versäumnis zu korrigieren.

E. 5.1

In den Ausschreibungsunterlagen, Beilage 2.0 Leistungsanforderung, hatte die Vergabestelle in Ziffer 1 "Geforderte Leistungen" zum Punkt "Verfügbarkeit" verlangt: "Der Anbieter sichert zu, dass er Serve[r]infrastrukturen nach Tier IV Zertifizierung gemäss Uptime Institute im eigenen Rechenzentrum in der Schweiz betreibt. Nachweis Zertifizierung." In ihrem ersten Angebot vom 11. Juni 2019 hatte die Beschwerdeführerin diese Beilage unterzeichnet, aber keinen schriftlichen Nachweis der Zertifizierung Tier IV eingereicht.

E. 5.2

Unter diesen Umständen kann die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass die Vergabestelle ihr Angebot nicht bereits im ursprünglichen Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, nichts zu ihren Gunsten ableiten. In jenem Vergabeverfahren hatte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin gegenüber keine Bestätigung abgegeben, dass sie die technischen Spezifikationen als erfüllt ansehe, und selbst wenn sie dies getan hätte, hätte die Beschwerdeführerin die Vergabestelle aufgrund ihrer eigenen wahrheitswidrigen Zusicherung nicht darauf behaften können.

E. 5.3

Das Argument, dieser Ausschlussgrund sei verwirkt oder von der Vergabestelle treuwidrig erhoben worden, ist daher offensichtlich unbegründet.

E. 6

Der durch die Vergabestelle im Rahmen des Re-Evaluationsverfahrens vorgenommene (implizite) Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin ist daher nicht zu beanstanden.

E. 7

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, richtigerweise hätte die Offerte der Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen werden müssen. Es sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien "Unternehmen-Referenzen (E7)" und "Schlüsselpersonen (E12)" nicht erfülle; auch müsste die offenbar fehlende Erfahrung der Zuschlagsempfängerin in den Bereichen Multihoming und RIPE-konformer IP-Adress-Verwaltung zumindest zu Abzügen bei den unter den ZK2.2 und ZK2.3 bewerteten Erfahrungen der Schlüsselpersonen (Projektleiter und Service-Techniker) führen. Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin einen eventuellen Wissensvorsprung der Zuschlagsempfängerin geltend. Unter den Server-"Nachbarn" der ZEM-Dienste befinde sich auch das elektronische Ausschreibungsplanungstool der armasuisse, welches ebenfalls über die Rechner der Zuschlagsempfängerin laufe. Es sei der Beschwerdeführerin nicht bekannt, ob die Vergabestelle dieses Tool auch in der strittigen Ausschreibung eingesetzt und die Zuschlagsempfängerin dadurch allenfalls Zugang zu vertraulichen Daten von Mitbewerbern gehabt habe respektive für die Offerterarbeitung in der vorliegenden

Ausschreibung dienliche Informationen exklusiv erhalten habe oder habe abrufen können. Ein solcher Wissensvorsprung würde zur Informationsasymmetrie im Bieterwettbewerb führen und diesen verfälschen.

E. 7.1

Auch wenn der Ausschluss eines Anbieters nicht zu beanstanden ist, hat er Anspruch auf gerichtliche Prüfung seiner Beschwerde, mit der er geltend macht, auch die Offerte des Zuschlagsempfängers wäre auszuschliessen gewesen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der beschwerdeführende Anbieter damit die Aufhebung des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags erreichen könnte, was ihm allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen würde (BGE 141 II 14 E. 4.7 "Monte Ceneri", vgl. auch Urteile des EuGH vom 4. Juli 2013 C-100/12 Fastweb/Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, ECLI:EU:C:2013:448 und vom 5. April 2016 C-689/13 Puligenica Facility Esco SpA (PFE)/Airgest SpA, ECLI:EU:C:2016:199; Urteil B-4637/2016 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

E. 7.2

Im vorliegenden Vergabeverfahren wurden insgesamt drei Angebote eingereicht. Dem Evaluationsbericht vom 25. März 2020 lässt sich entnehmen, dass die dritte Anbieterin nicht ausgeschlossen wurde, sondern lediglich aufgrund der Zuschlagskriterien hinter der Zuschlagsempfängerin rangiert wurde. Die Beschwerdeführerin rügt nicht, dass die Offerte dieser weiteren Anbieterin, bezüglich deren Identität sie konkrete Vermutungen äussert, ebenfalls auszuschliessen gewesen wäre. Würde nicht nur die Offerte der Beschwerdeführerin, sondern auch diejenige der Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen, würde es daher zu keiner neuen Ausschreibung kommen, sondern der Zuschlag würde der dritten Anbieterin erteilt werden. Da weder dargetan noch ersichtlich ist, welches konkrete praktische Interesse die Beschwerdeführerin daran haben sollte, dass der Zuschlag nicht der Zuschlagsempfängerin, sondern der dritten Anbieterin erteilt würde, ist daher auf ihre weiteren Rügen nicht einzugehen. Daher ist auch in antizipierter Beweiswürdigung auf die Einholung des von ihr beantragten Sachverständigen-Gutachtens zu verzichten.

E. 7.3

Aus dem gleichen Grund ist auch auf den prozessualen Antrag der Vergabestelle, der Prozessgegenstand sei einstweilen auf die Beurteilung des Ausschlusses der Beschwerdeführerin zu beschränken, nicht weiter einzugehen.

E. 8

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

E. 9

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher auf Fr. 3'000.- festgesetzt.

E. 10

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Partei-entschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Vergabestelle als Bundesamt hat keinen Anspruch auf eine Parteient-schädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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