

# **BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3238\\_2021\\_d20211018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3238_2021_d20211018)

FR: TAF B-3238/2021 du 18 octobre 2021

IT: TAF B-3238/2021 del 18 ottobre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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 (SIMAPMeldungsnummer 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 GeoIG 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 Kerenzerbergtunnel 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.

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