



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-3580/2021

sce/grb/fem

Zwischenentscheid vom 30. November 2021

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Dr. Andreas Güngerich, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst
Fellerstrasse 21, 3003 Bern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "F21031 – Softwarelizenzen, Wartung, Support und
Weiterentwicklung des Identity and Access Management
(IAM), mit der Option bis 2027",
SIMAP-Meldungsnummer 1207361,
SIMAP-Projekt-ID 223666,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Am 6. Juli 2021 erteilte das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) für das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation BIT (Bedarfsstelle) betreffend das Projekt "F21031 – Softwarelizenzen, Wartung, Support und Weiterentwicklung des Identity and Access Management (IAM), mit der Option bis 2027" der Y._____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) im freihändigen Verfahren den Zuschlag zu einem Preis von Fr. 71'495'029.50 einschliesslich MWST für einen Grundauftrag (Fr. 51'016'413.-) und eine Option (Fr. 20'478'616.50). Die Vergabestelle publizierte die Zuschlagsverfügung am 21. Juli 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1207361). Zur Begründung wurde darin ausgeführt, die Zuschlagsempfängerin sei als einzige Anbieterin in der Lage, dem Bund das Gesamtpaket der benötigten Lizenzen und Dienstleistungen für den Betrieb und die Weiterentwicklungen des "Identity and Access Management Service" (IAM) unter Verwendung der Software "Nevis" zur Verfügung zu stellen. Ein Anbieterwechsel wäre mit unangemessenen Kosten, Bindung von Ressourcen und vor allem Risiken für die Bundesverwaltung verbunden.

B.

Gegen diese Verfügung erhebt die X._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 9. August 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und die Sache sei zur Durchführung eines Vergabeverfahrens und zu neuer Zuschlagserteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt sie unter anderem, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung superprovisorisch der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin einstweilen zu untersagen. Zur Begründung führt sie aus, sie könne den Dienstleistungsauftrag im Sinne einer angemessenen Alternative zur Zuschlagsempfängerin erfüllen und wolle dies auch. Sie biete mit "Airlock IAM" ein Produkt mit vergleichbarem Leistungsumfang wie "Nevis" an, jedoch im Vergleich mit der Zuschlagsempfängerin zu einem kostengünstigen Ansatz.

Es gebe Grund zur Annahme, dass das freihändige Verfahren in unzulässiger Weise zur Anwendung gelangt sei. Die in der Zuschlagsverfügung enthaltene Begründung sei ungenügend. Die vorliegende Vergabe wider-

spreche den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit und Transparenz und berge die Gefahr, den Wettbewerb zu verzerren. Die aufschiebende Wirkung sei zu gewähren, denn die Interessen der Beschwerdeführerin an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung seien höher zu gewichten als diejenigen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin, welchen keine Nachteile entstünden. Zudem bestehe keine Dringlichkeit, dass die Vergabestelle auf einen raschen Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin angewiesen wäre. Es handle sich um einen vorzeitigen Vertragsschluss (vor Ablauf des bestehenden Vertrags) zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin. Auch die Interessen der Vergabestelle am sofortigen Vollzug des Zuschlags seien nicht ersichtlich, zumal sie die Möglichkeit und Zeitdauer von Beschwerdeverfahren in ihrer Beschaffungsplanung zu berücksichtigen habe.

C.

Mit Verfügung vom 10. August 2021 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

D.

Die Zuschlagsempfängerin teilt mit Eingabe vom 23. August 2021 mit, dass sie vorerst auf die Stellung formeller Anträge zur Beschwerde und zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichte, sich aber vorbehalte, nach Vorliegen der Stellungnahme der Vergabestelle ergänzende Bemerkungen anzubringen oder Anträge zu stellen.

E.

Mit Stellungnahme vom 31. August 2021 beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen und der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die Vergabestelle beantragt überdies, soweit der Beschwerde nicht vor dem 1. Oktober 2021 die aufschiebende Wirkung entzogen oder sie rechtskräftig erledigt sei, sei ihr die Erlaubnis zu erteilen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens von der (bisherigen) Zuschlagsempfängerin eine beschränkte Anzahl von Dienstleistungen über maximal 8'500 Stunden pro Monat (resp. einen Maximalbetrag von

1.7 Mio. Fr. inkl. MWST pro Monat) für die Sicherstellung des ununterbrochenen Betriebs und für die zur Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit von IAM zwingend notwendigen Weiterentwicklungen an der Software "Nevis" zu beziehen.

Zur Begründung legt die Vergabestelle dar, die drei zivilen Leistungserbringer des Bundes – das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation (BIT), das Informatik Service Center des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (ISCE-EJPD) und das Information Service Center des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (ISCeco) – versorgten die Bundesverwaltung sowie die Kantone und bundesnahen Organisationen mit Dienstleistungen und Services der Informations- und Kommunikationstechnologie IKT, darunter mit dem "Identity and Access Management Service" (IAM). Mittels der IAM-Services werde einem Benutzer eine Identität vergeben und er erhalte Zugriffsrechte auf Lösungen und IT-Anwendungen. Die IAM-Services der Leistungserbringer seien hochgradig voneinander abhängig und würden bis zu 35'000 interne und fast eine Million externe Benutzer beim Zugriff auf über 400 Fachapplikationen der Bundesverwaltung authentisieren und autorisieren. Es sei ein grosses spezifisches Know-how erforderlich, um die mittlerweile äusserst komplexen Strukturen und Funktionsweisen der IAM-Services des Bundes zu verstehen. Aktuell sei lediglich die Zuschlagsempfängerin in der Lage, aufgrund ihres Partnerstatus respektive der Zertifizierung durch die Nevis Security AG das Gesamtpaket von Wartung, Support, Lizenzen und kundenspezifischen Anpassungen am Produkt "Nevis" aus einer Hand anzubieten. Die Vergabestelle habe das freihändige Verfahren daher zulässigerweise angewendet.

Mit der angefochtenen freihändigen Vergabe werde bezweckt, die Arbeiten der drei Leistungserbringer für IAM zu ermöglichen und Raum für die Erstellung einer IAM-Strategie zu schaffen. Aus heutiger Sicht sei davon auszugehen, dass die entsprechende Studie bis Ende 2021 vorliege und eine bundesweite IAM-Strategie bis Q1-2022. Sofern in der Studie ein Wechsel der Lösung als möglich beurteilt werde, solle hierzu im Wettbewerb eine entsprechende Beschaffung in den Jahren 2022-2023 getätigt werden. Die Vergabestelle beabsichtige demnach nicht, den Markt für immer zu schliessen, sondern sei im Gegenteil bestrebt, eine IAM-Strategie zu entwickeln, deren Umsetzung soweit wie möglich im Wettbewerb ausgeschrieben werden solle. Solange die IAM-Strategie noch nicht vorliege beziehungsweise solange das aktuell im Einsatz stehende Produkt "Nevis" in Betrieb bleiben müsse, sei der Markt für die vorliegend in Frage stehende Dienstleistung

auf eine Unternehmung – die Zuschlagsempfängerin – beschränkt. Mangels anderer Alternativen habe die Vergabestelle daher das freihändige Verfahren im heutigen Zeitpunkt zu Recht angewendet.

Die Beschwerdeführerin gehe fehl in der Annahme, mit der publizierten Summe von Fr. 71'495'029.50 könnte ein neues IAM-System für den Bund gekauft werden. Sollte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdelegitimation bejahen, sei die aufschiebende Wirkung aufgrund der offensichtlichen Aussichtslosigkeit der Vorbringen sowie der klar überwiegenden öffentlichen Interessen an einem umgehenden Leistungsbezug dennoch nicht zu gewähren.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 8. September 2021 erlaubte die Instruktionsrichterin der Vergabestelle superprovisorisch, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens von der bisherigen Zuschlagsempfängerin eine beschränkte Anzahl von Dienstleistungen über maximal 8'500 Stunden pro Monat (resp. einen Maximalbetrag von 1.7 Mio. Fr. inkl. MWST pro Monat) für die Sicherstellung des ununterbrochenen Betriebs und für die zur Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit von IAM zwingend notwendigen Weiterentwicklungen an der Software "Nevis" zu beziehen.

G.

Mit Beschwerdeergänzung vom 16. September 2021 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und bestreitet sämtliche Ausführungen der Vergabestelle in ihrer Stellungnahme.

Sie rügt, das Bundesverwaltungsgericht habe, indem es vor Ablauf der Frist für die Beschwerdeergänzung dem Antrag der Vergabestelle, eine beschränkte Anzahl von Dienstleistungen zu beziehen, stattgegeben habe, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie verzichte zwar darauf, diese Zwischenverfügung anzufechten, da sie weder das vorliegende Verfahren unnötig verlängern noch verhindern wolle, dass die zwingend benötigten Leistungen von der bisherigen Zuschlagsempfängerin bezogen werden könnten. Sie verlange aber, dass die Betriebsleistungen sowie die zwingend benötigten Weiterentwicklungen definiert würden.

H.

Mit Stellungnahme vom 6. Oktober 2021 zur Beschwerdeergänzung hält die Vergabestelle an ihren Rechtsbegehren fest und beantragt eventualiter

die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um eine gerichtliche Begutachtung mittels eines Sachverständigengutachtens.

I.

Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 15. Oktober 2021 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren und Ausführungen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

1.1 Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 54 BöB).

1.2 Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA; SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 [im Folgenden: GPA 2012], BBl 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

Vorliegend ergibt sich aus den Vergabeakten, dass der verwaltungsinterne Antrag auf eine freihändige Auftragsvergabe vom 16. April 2021 datiert. Die Einleitung des Vergabeverfahrens fand demnach im Jahr 2021, nach Inkrafttreten des revidierten BöB statt. Auf den vorliegenden Fall ist daher das revidierte BöB anwendbar.

1.3 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA 2012 unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen

Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist.

1.3.1 Die Vergabestelle untersteht als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB).

1.3.2 Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.4 der SIMAP-Zuschlagsverfügung vom 21. Juli 2021 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass im Staatsvertragsbereich die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziffer 1 erreichen. 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 2012 (vgl. Anhang 1 Annex 5) 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 (Anhang 3 zum BöB). 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 2.2 der SIMAP-Zuschlagsverfügung wies die Vergabestelle die Beschaffung der Dienstleistungskategorie CPC "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" zu. Gemäss Anhang 3 zum BöB entspricht diese Kategorie der provCPC-Referenznummer 84 (ebenso Anhang I Annex 5 GPA 2012: Datenverarbeitung und verbundene Dienstleistungen). Die Vergabestelle wies die Beschaffung sodann den CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorien "72212100 – Entwicklung von branchenspezifischer Software" und "72000000 - IT Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" zu (Ziffer 2.3 der SIMAP-Zuschlagsverfügung). Gegenstand des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags ist der Bezug von Softwarelizenzen, Wartung, Support und Weiterentwicklungen. Die Einstufung in die erwähnten Kategorien erscheint daher als zutreffend. Bei der vorliegenden Beschaffung handelt es sich demnach um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 8 BöB in Verbindung mit Anhang 3 zum BöB.

1.3.3 Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 71'495'029.50 (inkl. MWST und inkl. Optionen) ist davon auszugehen, dass der geschätzte Auftragswert den für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– übersteigt (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1 zum BöB).

1.3.4 Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

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

2.

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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 m.H. "Microsoft"; dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1340 m.H.).

3.

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. 55 BöB und Art. 37 VGG).

4.

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 54 Abs. 2 BöB).

Das revidierte BöB nennt die Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB). Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zum aBöB

können 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 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BÖB 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 B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft").

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. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen 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 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) 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 (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen Zwischenentscheid B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). 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 1994/2001) – heute Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 (IVöB 2019) – 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 m.H.; 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 GPA 1994 beziehungsweise von Art. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA").

5.

Die Vergabestelle bestreitet die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Sie macht geltend, im heutigen Zeitpunkt sei es unmöglich, das Produkt "Nevis" nicht mehr einzusetzen. Die für dieses Produkt benötigten Leistungen könne die Beschwerdeführerin aber nicht erbringen.

5.1 Hinsichtlich der Frage der Beschwerdelegitimation enthält das revidierte BöB besondere Regelungen in Bezug auf Beschwerden gegen einen freihändigen Zuschlag. Demnach kann gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und erbringen will. Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden (Art. 56 Abs. 4 BöB).

5.2 Berufte sich die Vergabestelle für die Zulässigkeit des Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand nur ein Anbieter in Frage komme, und macht der Beschwerdeführer dagegen geltend, der Beschaffungsgegenstand sei zu Unrecht so definiert worden, so ist unter dem revidierten BöB nun unzweideutig klargestellt, dass nicht nur

beschwerdelegitimiert ist, wer geltend macht, genau diese Leistung erbringen zu können, sondern auch, wer nachweist, dass es eine damit substituierbare Leistung gibt, die er erbringen könnte. Ob die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand zulässig so eng festgelegt hat, dass nur ein Anbieter in Frage kommt, oder ob es eine damit substituierbare Leistung gäbe, wird damit zu einem sogenannten doppelrelevanten Sachverhalt: Diese Frage bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt), aber zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; BGE 137 II 313 E. 3.3.2 f. "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 1.5.2 f. "Warnblitzleuchte Eflare"). 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri", m.H.; FLORIAN C. ROTH, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 56 N. 33).

5.3 Die Vergabestelle führt zur Begründung der freihändigen Vergabe an, mit der vorliegenden Beschaffung würden in erster Linie Dienstleistungen und Wartungslizenzen beschafft, die sich auf das im Bund bereits verbreitet eingeführte Produkt "Nevis" bezögen. Zum heutigen Zeitpunkt sei es unmöglich, das Produkt "Nevis" nicht mehr einzusetzen. Da die Beschwerdeführerin nicht als Partnerin der Produkteigentümerin Nevis Security AG fungiere, sei davon auszugehen, dass diese Leistungen von ihr nicht erbracht werden könnten. Nur die Zuschlagsempfängerin verfügte über den erforderlichen Partnerstatus. Sie sei daher als einzige in der Lage, das Gesamtpaket von Wartung, Support, Lizenzen und kundenspezifischer Anpassungen am Produkt "Nevis" aus einer Hand anzubieten. Solange die IAM-Strategie weder vorliege noch umgesetzt sei beziehungsweise das aktuell im Einsatz stehende Produkt "Nevis" in Betrieb bleiben müsse, sei der Markt für die vorliegend in Frage stehenden Dienstleistungen auf eine Unternehmung – die Zuschlagsempfängerin – beschränkt.

Die Beschwerdeführerin machte in ihrer Beschwerde geltend, sie könne den Dienstleistungsauftrag im Sinne einer angemessenen Alternative zur Zuschlagsempfängerin erfüllen. In ihrer Stellungnahme vom 16. September 2021 relativiert sie diese Aussage nun aber dahingehend, dass sie nicht die Absicht habe, "Nevis" zu ersetzen. Ihr Ziel sei es vielmehr, Regeln

zu schaffen, die definierten, welche neuen Applikationen und Leistungen künftig über die bestehende "Airlock"-IAM-Installation und welche über "Nevis" authentisiert und autorisiert würden. Sie möchte ihre Leistungen dort parallel erbringen, wo sie dies wesentlich kostengünstiger tun könne. Ihr Produkt "Airlock IAM" sei schon seit 2010 in der Bundesverwaltung im Einsatz. Verschiedene Leistungserbringer in den Departementen EDA, EFD, WBF, UVEK, EJPD und VBS würden "Airlock"-IAM nutzen. Das BIT verfüge bereits über ein Team von Engineers, das auf der Basis von "Airlock"-IAM diese Integration vornehmen könne. Auf der Basis der bestehenden "Airlock"-IAM-Installation könnten die Beschwerdeführerin und ihr Partner mindestens einen Teil der zusätzlich zu erwartenden Applikationen gemäss den Anforderungen authentisieren und autorisieren. Sie biete mit "Airlock IAM" ein Produkt mit vergleichbarem Leistungsumfang wie "Nevis" an, jedoch im Vergleich mit der Zuschlagsempfängerin zu einem kostengünstigen Ansatz. Bevor die Software "Nevis" in grossem Umfang in der Bundesverwaltung weiterverbreitet werde, sei eine Prüfung von Alternativen beziehungsweise die Prüfung der Frage erforderlich, ob eine Implementation mit dem Produkt der Beschwerdeführerin wirtschaftlicher und mit weniger Risiken möglich sei.

5.4 Da die Beschwerdeführerin im Verlauf des Verfahrens ihre Behauptung, alle Leistungen, die Gegenstand der vorliegend angefochtenen freihändigen Beschaffung sind, in damit substituierbarer Form erbringen zu wollen, relativiert hat auf diejenigen Leistungen, welche neue Applikationen und Leistungserbringungen betreffen, ist prima facie offensichtlich davon auszugehen, dass sie nicht legitimiert ist, den Zuschlag anzufechten, soweit dieser Leistungen für Applikationen betrifft, für die bereits jetzt "Nevis" eingesetzt wird.

5.5 Zu prüfen ist in der Folge, ob und inwieweit die Beschwerdeführerin legitimiert ist, den freihändigen Zuschlag lediglich in Bezug auf diejenigen Leistungen anzufechten, die neue Applikationen und Leistungserbringungen betreffen.

Sinngemäss macht die Beschwerdeführerin diesbezüglich geltend, die Vergabestelle berufe sich zur Begründung ihrer freihändigen Vergabe auf Argumente, welche nur den Teil des in Frage stehenden Beschaffungsgegenstands, der sich auf Leistungen für Applikationen bezieht, für die bereits jetzt "Nevis" eingesetzt wird, rechtfertigen würde, ohne dass hinreichende

Gründe vorlägen, warum die freihändige Vergabe nicht nur auf diesen Teil beschränkt worden sei und die Leistungen für neue, künftige Applikationen nicht offen ausgeschrieben werden könnten.

Prima facie kann nicht gesagt werden, dass eine derartige Rüge gemäss Art. 56 Abs. 4 BöB unzulässig wäre. Würde die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge durchdringen und das Gericht zum Schluss kommen, die freihändige Vergabe sei nicht zulässig, sondern die Vergabestelle müsse für diesen Teil der in Frage stehenden Leistungen die Möglichkeit vorsehen, mit "Nevis" substituierbare Leistungen anzubieten und einen entsprechenden Auftrag offen oder im selektiven Verfahren ausschreiben, so ist prima facie nicht offensichtlich auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerin eine reelle Chance hätte, derartige substituierbare Leistungen anzubieten und damit den Zuschlag zu erhalten.

Prima facie kann daher der Vergabestelle nicht gefolgt werden, soweit sie in Bezug auf den ganzen Beschaffungsgegenstand geltend macht, die Beschwerdeführerin sei offensichtlich nicht zur Beschwerde legitimiert.

5.6 Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

5.7 Prima facie kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Eintretensvoraussetzungen im dargelegten Umfang gegeben sind.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt, es gebe Grund zur Annahme, dass das freihändige Verfahren in unzulässiger Weise zur Anwendung gelangt sei.

Die Vergabestelle begründet die verfügte freihändige Vergabe damit, dass aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur die bisherige Zuschlagsempfängerin in Frage komme. Die aktuellen IAM-Lösungen des Bundes basierten auf dem Produkt "Nevis" der Firma Nevis Security AG. Das Produkt "Nevis" sei in den Jahren 2002-2003 eingeführt worden und bestehe aus verschiedenen Modulen wie Nevis IDM, Nevis Portal, Nevis Management usw. Im Verlauf der Jahre sei die Anzahl Benutzer und genutzter Nevis Module erhöht worden. Der Zuschlag sei der Zuschlagsempfängerin erteilt worden, weil sie aktuell die einzige zertifizierte Partnerin von "Nevis" sei. Lediglich die Zuschlagsempfängerin sei in der Lage, aufgrund

ihres Partnerstatus spricht ihrer Zertifizierung durch die Nevis Security AG, das Gesamtpaket von Wartung, Support, Lizenzen und kundenspezifischen Anpassungen am Produkt "Nevis" aus einer Hand anzubieten. Erst wenn weitere Firmen zertifiziert seien, würde die Möglichkeit bestehen, den Leistungserbringer für Wartung, Support und Betrieb zu wechseln, ohne das Produkt "Nevis" austauschen zu müssen. Gemäss den Aussagen der Beschwerdeführerin beziehe sich ihre Aussage, sie wäre ebenfalls fähig, diese Leistungen zu erbringen, lediglich auf Dienstleistungen an ihrem Produkt "Airlock", nicht aber auf die vorliegend nachgefragten Dienstleistungen zur Nutzung, Wartung und Weiterentwicklung des Produkts "Nevis". Im heutigen Zeitpunkt sei es aber unmöglich, das Produkt "Nevis" nicht mehr einzusetzen. Es sei für die Beschwerdeführerin daher unmöglich, die benötigten Leistungen zu erbringen.

Die Vergabestelle bestreitet, dass es eine angemessene Alternative gebe. Als Alternative zum Produkt "Nevis" und der Zuschlagsempfängerin komme nur eine Migration der gesamten IAM-Lösungen beziehungsweise -Funktionalität auf ein Drittsystem in Frage. Aktuell sei aber keine Standardsoftware bekannt, die die bestehende IAM-Lösung sofort ersetzen könnte. Gemäss Marktabklärungen aus dem Jahr 2016 gebe es auf dem Markt keine alternative Standardsoftware, welche alle heute verwendeten Protokolle auch per single-sign-on anbiete. Damit müsste ein alternativer Anbieter einen grossen Entwicklungsaufwand auf sich nehmen. Auch wenn es eine passende Alternativsoftware geben würde, müsste jede der 400 Fachapplikationen einzeln migriert werden. Der Aufwand der Migration aller 400 Fachapplikationen sei unmöglich in kurzer Zeit durchzuführen und berge erhebliche Risiken. Weil eine Ersatzlösung nicht auf einen Schlag für alle betroffenen Fachanwendungen eingesetzt werden könne, gebe es keine Alternative. Ein umgehender Anbieterwechsel komme somit auch aufgrund der technischen Besonderheiten des IAM-Services nicht in Frage. Zudem falle ein Schulungsaufwand der Mitarbeitenden der Bundesverwaltung und der externen Benutzer und Firmen an. Mit der publizierten Summe von Fr. 71'495'029.50 (inkl. MWSt.) könne nicht ein neues IAM-System für den Bund gekauft werden. Vielmehr würde eine neue Bundeslösung aufgrund ihrer Komplexität und der hohen Anforderungen die Aufwendungen übersteigen, welche für ein einfacheres IAM-System aufgebracht werden müssten. Sollte auf eine neue IAM-Plattform gewechselt werden, sei von Migrationskosten von bis zu 161 Mio. Fr. auszugehen, wobei es sich um zusätzliche Kosten handle, in welchen die laufenden Betriebskosten nicht eingerechnet seien. Eine neue Lösung stelle somit keine angemessene Alternative zur vorliegenden freihändigen Verlängerung dar.

Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, es treffe nicht zu, dass sie nicht in der Lage wäre, den Auftrag zu erfüllen. Sie könne mit ihren Produkten und Dienstleistungen IAM-Aufträge im geforderten Umfang erfüllen, was sich aus den Kennzahlen beziehungsweise ihrem Unternehmensportrait ergebe. Zudem verfüge sie über eine breite Dienstleistungspalette und habe Erfahrungen in der Bundesverwaltung, wo "Airlock IAM" seit dem Jahr 2010 im Einsatz sei. Sie erbringe schon heute verschiedene Dienstleistungen für die Bundesverwaltung. Sie biete mit "Airlock IAM" ein vergleichbares Produkt an und könne den Dienstleistungsauftrag im Sinne einer angemessenen Alternative zur Zuschlagsempfängerin ebenso erfüllen. Es sei zwar offensichtlich, dass sie keine "Nevis"-Leistungen erbringen könne, da sie nicht die zertifizierte Partnerin der Produkteigentümerin Nevis Security AG sei. Sie verlange auch nicht, dass ein anderes Produkt beschafft werden solle, auch habe sie nicht den Anspruch, "Nevis" zu ersetzen. Die Vergabestelle gehe aber fälschlicherweise von einer nicht gegebenen Alternativlosigkeit aus. Beim Umfang der vorliegenden Beschaffung könnten mehrere Anbieterinnen ihre Dienste anbieten. Es sei denkbar, dass mehrere Technologien parallel betrieben werden könnten, und hierbei die Umsetzung sowohl seitens der Beschwerdeführerin durch "Airlock IAM" als auch seitens der Zuschlagsempfängerin durch "Nevis" vorgenommen werde. Die Beschwerdeführerin könne die von der Vergabestelle gewünschten Leistungen zum Teil beziehungsweise komplementär erbringen. Es müsse definiert werden, welche neuen Applikationen und Leistungen künftig über die bestehende "Airlock"-IAM-Installation und welche über "Nevis" authentisiert und autorisiert würden (Prüfung der 2-Anbieter-Strategie). Ein Anbieterwechsel beziehungsweise die komplementäre beziehungsweise parallele Leistungserbringung würde somit eine angemessene respektive die kostengünstigere Lösung darstellen.

6.1 Die Vergabestelle kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der in Art. 21 Abs. 2 Bst. a-i BöB aufgeführten Voraussetzungen erfüllt ist. Diese abschliessend aufgezählten Ausnahmetatbestände bilden einen numerus clausus, egal wie überzeugend andere mögliche Rechtfertigungen für freihändige Vergaben sein mögen ("*no matter what the justification*"; SUE ARROWSMITH, Government Procurement in the WTO, 2003, S. 282; vgl. Zwischenentscheid B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 4.1 m.H. "Microsoft"). Da es sich um Ausnahmen handelt, sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, nach der Rechtsprechung restriktiv auszulegen (Entscheide der BRK 2000-018 vom 26. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.77 E. 2a; 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht

in VPB 65.41 E. 4a m.H; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 291; Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Teilrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851, 1925; insoweit kritisch ARROWSMITH, a.a.O., S. 282 f.). Die Beweislast für das Vorliegen der geltend gemachten Voraussetzungen liegt bei der Vergabestelle (vgl. Zwischenentscheid B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 4.2 "Microsoft"; Entscheid BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 4b, ARROWSMITH, a.a.O., S. 282). Die Vergabestelle muss solchen freihändigen Vergaben vorbeugen, indem sie Beschaffungsvorhaben vorgängig zur Erstbeschaffung auf ihr Potential zur Verursachung von Freihandtatbeständen für Folgeleistungen untersucht und auf sorgfältige und vorausschauende Weise plant. Insbesondere bei der Beschaffung von Software sollten technische und rechtliche Abhängigkeiten von Anbieterinnen möglichst vermieden werden (STEFAN SCHERLER, Kettenverträge in der IT. Die Source-Codes als Quellen des Problems?, BR 2018 S. 40; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 134; RUTH AESCHBACHER/REBEKKA KREBS, in : Trüb [Hrsg.], a.a.O., Art. 21 N. 13).

6.2 Im vorliegenden Fall beruft sich die Vergabestelle zur Begründung ihrer freihändigen Vergabe auf Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB, welcher wie folgt lautet:

Die Auftraggeberin kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt (vgl. Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB).

6.3 In sachverhaltlicher Hinsicht ist nicht restlos klar, was genau der Inhalt des Beschaffungsgegenstands ist. Insbesondere ist unklar, ob die aufgeführten "Lizenzen und Dienstleistungen für den Betrieb und die Weiterentwicklungen des 'Identity and Access Management Service' (IAM) unter Verwendung der Software 'Nevis'" nur Bereiche betreffen, in denen bereits zurzeit "Nevis" verwendet wird, oder ob damit "Nevis" in der Bundesverwaltung "weiterverbreitet" werden soll, das heisst auch bei Bundesstellen, welche diese Software bisher nicht verwenden, eingeführt, oder bei Bundesstellen, welche "Nevis" bereits in einer anderen Applikation verwenden, für eine neue Applikation eingesetzt werden soll. Die entsprechende Unterstellung der Beschwerdeführerin hat die Vergabestelle weder konkret bestritten noch widerlegt.

Unbestritten ist auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass ihr Produkt bereits in der Bundesverwaltung eingesetzt werde, woraus sich

ergeben würde, dass jedenfalls nicht die gesamte Bundesverwaltung bereits bisher "Nevis" verwendet.

6.4 Wie bereits dargelegt, ist prima facie offensichtlich davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nicht legitimiert ist, den Zuschlag anzufechten, soweit dieser Leistungen für Applikationen betrifft, für die bereits jetzt "Nevis" eingesetzt wird (vgl. E. 5.4 hievor).

In materieller Hinsicht wird daher lediglich zu prüfen sein, ob, falls der angefochtene Zuschlag auch Leistungen beinhaltet, die neue Applikationen und Leistungserbringungen betreffen, die Vergabestelle derartige Leistungen zulässigerweise freihändig beschaffen will.

6.5 In Bezug auf diese Frage hat sich die Vergabestelle bisher nicht geäußert. Dass der angefochtene Zuschlag auch Leistungen beinhaltet, die neue Applikationen und Leistungserbringungen betreffen, was angesichts des hohen Auftragsvolumens nicht zum Vornherein als offensichtlich ausgeschlossen erscheint, hat sie weder ausdrücklich noch implizit bestritten. Sie legt indessen nicht dar, aus welchen Gründen eine freihändige Vergabe zulässig sein sollte, soweit sie derartige Leistungen betrifft. Vielmehr beziehen sich alle bisherigen Argumente der Vergabestelle auf den (finanziellen) Aufwand für einen Ersatz von "Nevis" und damit auf Leistungen für Applikationen, für die bisher "Nevis" eingesetzt wird.

Wie bereits dargelegt, liegt die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben sind, bei der Vergabestelle (vgl. E. 6.1. hievor). Da sie sich zu dieser Frage nicht geäußert hat, soweit es um die Vergabe von Leistungen in Bezug auf neue Applikationen und Leistungserbringungen geht, kann prima facie nicht gesagt werden, die Beschwerde sei offensichtlich aussichtslos, soweit sie sich gegen den freihändigen Zuschlag für derartige Leistungen richtet.

7.

Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist im Prinzip in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde.

7.1 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, ihre Interessen an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung seien höher zu gewichten als diejenigen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin, welchen

keine Nachteile entstünden. Zudem bestehe keine Dringlichkeit, dass die Vergabestelle auf einen raschen Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin angewiesen wäre. Es handle sich um einen vorzeitigen Vertragsschluss (vor Ablauf des bestehenden Vertrags) zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin. Auch die Interessen der Vergabestelle am sofortigen Vollzug des Zuschlags seien nicht ersichtlich, zumal sie die Möglichkeit und Zeitdauer von Beschwerdeverfahren in ihrer Beschaffungsplanung zu berücksichtigen habe. Die zeitlich sehr knapp angesetzte Planung der Vergabestelle sei nicht das Problem der Beschwerdeführerin. Insbesondere sei die von der Vergabestelle erwähnte erhöhte Nachfrage aufgrund neuer Bedürfnisse (insbes. auch aufgrund der Covid-19 Pandemie) seit längerem bekannt gewesen.

Die Vergabestelle bringt dagegen vor, es bestehe ein klar überwiegendes öffentliches Interesse an einem umgehenden Leistungsbezug. Der mittels dem vorliegend angefochtenen Verfahren vergebene Grundauftrag stelle eine Erhöhung des Volumens der bereits 2017 beschafften Leistungen dar, welche das Leistungsvolumen bis Ende 2025 hätten abdecken sollen. Indessen habe sich ab 2019 die Nachfrage nach IAM-Lösungen, insbesondere bedingt durch die Digitalisierungswelle, neuen Bedürfnissen bezüglich der Cloud und der Covid-19-Pandemie, unvorhergesehen und in grossem Ausmass erhöht, weshalb das Volumen der 2017 publizierten freihändigen Vergabe bereits jetzt nahezu ausgeschöpft sei. Diese Erhöhung werde umgehend benötigt, der Leistungsbezug sei sehr dringlich. Die 400+ an die IAM-Systeme angehängten Lösungen stellten das Rückgrat der Bundesverwaltung dar. Es befänden sich darunter für die Schweiz wichtige Lösungen wie beispielsweise im Covid-Umfeld, für Gefahren- und Hochwasserprävention, ALV und SECO-Lösungen, Strassenverkehrslösungen, Zoll und Mehrwertsteuer, Meteo Schweiz, zentrale Ausgleichsstelle ZAS. Werde das IAM-System nur für kurze Zeit ausser Betrieb genommen, könne nicht mehr auf diese zentralen Applikationen des Bundes zugegriffen werden. Beispielsweise könnten keine Covid-Impfzertifikate mehr ausgestellt werden, weil die Ärzte und Impfzentren über IAM auf die Bundesinfrastruktur gelangen und dort die Zertifikate für die Covid-Zertifikat App ausstellen würden, oder es könne auf die vertraulichen und geheimen Daten der Strafverfolgungsbehörden und des SEM nicht mehr zugegriffen werden, was für das FEDPOL, die Polizeikorps und die Migrationsämter dramatische Folgen habe. Alle Applikationen respektive dazugehörigen Ämter müssen umgehend ein eigenes IAM entwickeln und umsetzen, um diesen Folgen vorzubeugen. Dies sei zeitlich unmöglich, technisch risiko-

behaftet, finanziell unwirtschaftlich und unter dem Aspekt der Standardisierung und Interoperabilität unsinnig. Der Bundesrat habe mit Beschluss vom 29. Juni 2016 betreffend "Marktmodell für den erweiterten IKT-Standarddienst für die Identitäts- und Zugangsverwaltung Version 2 (IAM V2)" erneut entschieden, eine einheitliche und sehr sichere IAM-Infrastruktur für alle Ämter/Lösungen zur Verfügung zu stellen. Spätestens ab Oktober 2021 sei kein Leistungsbezug unter dem bestehenden Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin mehr möglich. Ein Stopp der Leistungserbringung der Zuschlagsempfängerin hätte zur Folge, dass der Betrieb durch die bundesinternen Mitarbeitenden nur in einem minimalen IAM-Service und nur für wenige Tage aufrechterhalten werden könnte. Auch die zwingend benötigten Weiterentwicklungen könnten aufgrund fehlender Ressourcen und fehlendem Know-how nicht umgesetzt werden. Die aus dieser Situation resultierenden Risiken seien mit den Folgen einer Ausserbetriebnahme vergleichbar. Möglich sei auch, dass sich in einem solchen Szenario die Ausarbeitung einer IAM-Studie beziehungsweise IAM-Strategie verzögern würde, da die bundesintern sehr beschränkt verfügbaren Ressourcen zu stark mit der Aufrechterhaltung des Services an sich beschäftigt wären. Zusammenfassend erweise sich im Rahmen einer Interessenabwägung das öffentliche Interesse an der Fortsetzung des Betriebs des IAM-Services gegenüber dem Interesse der Beschwerdeführerin, in einem aktuell sachlich und rechtlich unmöglichen Wettbewerb die Möglichkeit eines Zuschlags zu erhalten, als weitaus überwiegend. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei daher abzulehnen.

7.2 Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Vielmehr hat die Auftraggeberin den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (Urteil des BGer 2C_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Zwischenentscheide des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit", B-891/2009 vom 23. März 2009 E. 4.1 „Kurierdienst BAG I“ und B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 13 "Laborneubau ETH Basel"). Die ausnahmsweise Gewährung der aufschiebenden Wirkung trotz selbstverschuldeter Dringlichkeit ist dabei nicht völlig ausgeschlossen,

aber auf besonders gravierende Fälle beschränkt (zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 m.H.). Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (Zwischenentscheide des BVGer B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2 "Datentransport BIT I" und B-6160/2017 E. 14.1 "Laborneubau ETH Basel"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328).

7.3 Auch in Bezug auf diese Interessenabwägung argumentiert die Vergabestelle lediglich mit Gründen, die bei einem allfälligen Ersatz von "Nevis" relevant sein könnten, nicht aber mit Argumenten, die in Bezug auf die Beschaffung von Leistungen für neue Applikationen und Leistungserbringungen nachvollziehbar wären.

Wie bereits dargelegt, hat die Vergabestelle weder konkret bestritten noch widerlegt, dass auch das Produkt der Beschwerdeführerin bereits in der Bundesverwaltung eingesetzt wird, weshalb zurzeit nicht offensichtlich ist, dass dieses Produkt den Anforderungen des Bundesratsbeschlusses vom 29. Juni 2016 betreffend "Marktmodell für den erweiterten IKT-Standarddienst für die Identitäts- und Zugangsverwaltung Version 2 (IAM V2)" nicht genügt. Die Frage, ob ein derartiger Beschluss überhaupt die Bundesverwaltung zu einer freihändigen Vergabe berechtigen würde, ohne dass die Vergabestelle darzutun hätte, dass eine der in Art. 21 Abs. 2 Bst. a-i BÖB aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind, kann daher in diesem Verfahrensstadium noch offenbleiben.

Auch in Bezug auf die von ihr behauptete Dringlichkeit ist die Vergabestelle daher ihrer Substantierungs- und Beweislast bisher nicht nachgekommen.

8.

Im Ergebnis ist daher dem Gesuch auf aufschiebende Wirkung zurzeit stattzugeben, soweit die angefochtene freihändige Vergabe Leistungen in Bezug auf neue Applikationen und Leistungserbringungen, bei denen zurzeit noch nicht "Nevis" zur Anwendung gelangt, zum Gegenstand hat. Im Übrigen ist das Gesuch abzuweisen.

9.

Bei diesem Ergebnis können eine allfällige weitere Akteneinsicht und der Entscheid über die Anträge auf die Einholung diverser Gutachten auf das Hauptverfahren verschoben werden.

10.

Über die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid zu befinden sein.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Dem Gesuch auf aufschiebende Wirkung wird zurzeit stattgegeben, soweit die angefochtene freihändige Vergabe Leistungen in Bezug auf neue Applikationen und Leistungserbringungen, bei denen zurzeit noch nicht "Nevis" zur Anwendung gelangt, zum Gegenstand hat. Der Vergabestelle wird zurzeit untersagt, mit der Zuschlagsempfängerin Verträge abzuschliessen, soweit sie derartige Leistungen zum Gegenstand haben.

Soweit weitergehend wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen.

Dieser Zwischenentscheid ersetzt Ziffer 1 der Zwischenverfügung vom 8. September 2021.

2.

Über die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden werden.

3.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref.-Nr. SIMAP-Projekt-ID 223666; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Rechtsvertreter; Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 1. Dezember 2021