

2021 IV/6

Auszug aus dem Zwischenentscheid der Abteilung II
i.S. Google Commerce Ltd.
gegen Bundesamt für Bauten und Logistik
B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021

Öffentliches Beschaffungswesen. Nichtigkeit der Ausschreibung und des Zuschlags. Nichtigkeit einer Verfügung wegen schwerer materiell-rechtlicher Fehlerhaftigkeit.

Art. 5 VwVG. Art. 25 BöB. Art. 29 Bst. a und b aBöB. Art. 16a Abs. 1 aVöB.

- 1. Sowohl die Ausschreibung wie auch der Zuschlagsentscheid sind als Verfügungen zu qualifizieren. Die Überschreitung der Schwelle für die Feststellung der Nichtigkeit wegen schwerer materiell-rechtlicher Fehlerhaftigkeit ist mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, wenn es darum geht, diese mit der Verletzung von aus dem Wirtschaftsverfassungsrecht abgeleiteten Prinzipien zu begründen (E. 5.3).**
- 2. Die hinreichend genaue und nicht zu grosse Teile des Marktes abdeckende Leistungsbeschreibung ist in Bezug auf das Transparenzgebot beziehungsweise die Wettbewerbszielsetzung von hoher Relevanz. Im vorliegenden Fall ist trotz möglicher Kritikpunkte nicht von Nichtigkeit auszugehen (E. 5.4.4).**
- 3. Wird im Rahmen eines Mini-Tender-Verfahrens auf das Einholen von Offerten verzichtet, ist dies so lange kein Nichtigkeitsgrund, als das Konzept des entsprechenden Verfahrens zumindest von einem Vergleich von Angaben der Anbieterinnen ausgeht (E. 5.5.3).**
- 4. Das Abrufverfahren unter den für den Rahmenvertrag selektierten Anbieterinnen wäre zwar bei fristgerechter Anfechtung der Ausschreibung angreifbar gewesen, indessen führt insbesondere die nach altem Recht nicht vorgesehene Rechtsschutzlösung nicht zur Nichtigkeit der Ausschreibung, zumal nach neuem Recht ebendiese Regelung explizit vorgesehen ist (E. 5.5.4).**
- 5. Das Risiko, dass die Rahmenvertragspreisbewertung nicht hinreichend aussagekräftig ist in Bezug auf die Frage, ob nicht ein Dritter für eine spezifische Teilleistung ein günstigeres Angebot legen**

könnte als alle für den Rahmenvertrag selektierten Anbieterinnen, ist dem Konzept des Rahmenvertrags mit breiter Leistungspalette in gewissem Umfang inhärent (E. 5.6.3).

6. Den an die Mindestgewichtung des Preises zu stellenden Anforderungen ist im vorliegenden Fall auch deshalb Rechnung getragen, weil der Preis sowohl im Rahmen der Erteilung der Zuschläge für den Rahmenvertrag als auch im Rahmen der Zuschläge im Abrufverfahren relevant ist (E. 5.6.6).

Marchés publics. Nullité de l'appel d'offres et de l'adjudication. Nullité d'une décision en raison d'un grave vice quant au fond.

Art. 5 PA. Art. 25 LMP. Art. 29 let. a et b aLMP. Art. 16a al. 1 aOMP

1. Tant l'appel d'offres que la décision d'adjudication doivent être qualifiés de décisions. Le dépassement du seuil permettant de constater la nullité pour grave vice quant au fond doit être admis avec une grande retenue lorsqu'il s'agit de la justifier sur la base de la violation de principes découlant du droit constitutionnel économique (consid. 5.3).
2. Une description des prestations suffisamment précise et ne couvrant pas de trop grandes parties du marché constitue un élément des plus pertinents au regard du principe de transparence et de l'objectif de concurrence efficace. En l'espèce, et malgré de possibles critiques, l'on ne saurait admettre un cas de nullité (consid. 5.4.4).
3. Le fait de renoncer à demander des offres dans le cadre d'une procédure dite « mini-tender » ne constitue pas un motif de nullité tant que le concept de ladite procédure prévoit au moins une comparaison des données fournies par les soumissionnaires (consid. 5.5.3).
4. La procédure relative à la conclusion des contrats subséquents impliquant les soumissionnaires sélectionnés pour le contrat-cadre aurait certes pu être contestée dans le délai de recours contre l'appel d'offres, mais l'exclusion de protection juridique administrative – sous l'ancien droit – n'entraîne pas la nullité de l'appel d'offres, ce d'autant plus qu'une telle réglementation est désormais expressément prévue dans le nouveau droit (consid. 5.5.4).

5. En ce qui concerne la question de savoir si un tiers ne pourrait pas déposer une offre pour une prestation partielle spécifique plus avantageuse que celles de tous les soumissionnaires sélectionnés pour le contrat-cadre, le risque que l'évaluation du prix prévu dans ledit contrat ne soit pas suffisamment déterminante est, dans une certaine mesure, inhérent à l'idée du contrat-cadre comportant une large palette de prestations.
6. En l'espèce, il y a lieu de prendre également en compte les exigences auxquelles doit répondre la pondération minimale du prix étant donné que celui-ci est pertinent tant pour les adjudications en lien avec le contrat-cadre que pour celles liées à la procédure de consultation (consid. 5.6.6).

Appalti pubblici. Nullità del bando e dell'aggiudicazione. Nullità di una decisione per grave vizio materiale.

Art. 5 PA. Art. 25 LAPub. Art. 29 lett. a e b vLAPub. Art. 16a cpv. 1 vOAPub.

1. Sia il bando di concorso e che la decisione di aggiudicazione devono essere qualificati come decisioni. Occorre dar prova di grande riserbo nell'ammettere il superamento della soglia per l'accertamento della nullità per grave vizio materiale, quando la nullità è motivata sulla base di una violazione dei principi derivanti dal diritto costituzionale economico (consid. 5.3).
2. Una descrizione delle prestazioni sufficientemente precisa e comprendente quote di mercato non troppo ampie ha una grande rilevanza per il principio della trasparenza e l'obiettivo di concorrenza efficace. Nella fattispecie, nonostante possibili punti discutibili, non si può parlare di nullità (consid. 5.4.4).
3. La rinuncia a richiedere delle offerte nell'ambito di gara d'appalto denominata « mini-tender » non costituisce alcun motivo di nullità fintanto che il programma di tale procedura prevede almeno un confronto dei dati forniti dagli offerenti (consid. 5.5.3).
4. La procedura di richiamo indirizzata agli offerenti selezionati per il contratto quadro avrebbe invero potuto essere contestata con ricorso tempestivo contro il bando. Tuttavia l'esclusione di protezione giuridica amministrativa nel diritto previgente non comporta la nullità del bando, tanto più che secondo il nuovo diritto è prevista proprio questa regolamentazione (consid. 5.5.4).

5. **Riguardo la questione di sapere se un terzo non potrebbe presentare un'offerta più vantaggiosa per una specifica prestazione parziale rispetto a tutti gli altri offerenti selezionati per il contratto quadro, il rischio che la valutazione del prezzo previsto in tale contratto non sia sufficientemente significativo è in una certa misura inerente al concetto stesso del contratto quadro caratterizzato da un'ampia gamma di prestazioni (consid. 5.6.3).**
6. **Nella fattispecie, occorre perciò anche tener conto dei requisiti relativi alla ponderazione minima del prezzo perché esso è rilevante sia per le aggiudicazioni nell'ambito del contratto quadro, sia per quelle nell'ambito della procedura di richiamo (consid. 5.6.6).**

Am 7. Dezember 2020 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL; nachfolgend: Vergabestelle) unter dem Projekttitel « (20007) 608 Public Clouds Bund » einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 1136825; Projekt-ID 204859). Gesucht wurden fünf Cloud Service Provider für die Lieferung von Public Cloud Services. Die Leistungen waren insgesamt so ausgeschrieben, dass die Provider während fünf Jahren jeweils gestützt auf eine Rahmenvereinbarung bis zur Gesamtsumme von 110 Millionen Franken einzelne Leistungen, die in sogenannten Mini-Tender-Verfahren abgerufen werden, erbringen sollten. Unter dem Eignungskriterium (EK) 03 « Leistungsstandorte » wurde vorgegeben, dass die Anbieter über Rechenzentren auf mindestens drei Kontinenten (inkl. Europäischem Wirtschaftsraum) verfügen und ihre Public Cloud Services einer internationalen Kundschaft zur Verfügung stellen mussten. Weiter war in Bezug auf die Rechenzentren das mit 10 Prozent gewichtete Zuschlagskriterium ZK02 « RZ-Standorte Schweiz » statuiert, unter welchem die Vergabestelle von den Anbieterinnen verlangte, anhand einer der Öffentlichkeit zugänglichen Information anzugeben, bis wann sie die geforderten Dienste « geo-redundant » auf Schweizer Boden produzieren beziehungsweise betreiben können.

Am 24. Juni 2021 wurden die Zuschläge vom 14. Juni 2021 an die A. AG, die B. SARL, die C. GmbH, die D. GmbH und die E. Ltd. (nachfolgend: Zuschlagsempfängerinnen) auf der Internetplattform SIMAP publiziert (Meldungsnummer: 1202937).

Am 13. Juli 2021 gelangte die nichtberücksichtigte Anbieterin Google Commerce Ltd. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Beschwerde gegen die am 24. Juni 2021 publizierte Zuschlagsverfügung vom 14. Juni

2021 an das Bundesverwaltungsgericht. In der Hauptsache beantragt sie, es sei die Nichtigkeit aller erfolgten Zuschläge festzustellen und die Sache zur Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens an die Vergabestelle zurückzuweisen. Weiter beanstandete die Beschwerdeführerin die Bewertung ihres Angebots unter dem Zuschlagskriterium 2 « RZ-Standorte Schweiz ». In prozessualer Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin namentlich, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (vorab superprovisorisch) zu erteilen. Zur Begründung führte sie aus, die Ausschreibung führe in der von der Vergabestelle gewählten Form im Ergebnis dazu, dass die Vergabestelle im Rahmen des informationstechnologisch nahezu unlimitierten Beschaffungsgegenstands in den nächsten fünf Jahren Aufträge bis zum Wert von 110 Millionen Franken freihändig vergeben könne. Das vorgesehene Verfahren heble damit das öffentliche Beschaffungswesen faktisch aus und verletze in schwerwiegender Weise die grundlegenden vergaberechtlichen Prinzipien (Transparenz, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb). Die Ausschreibung und damit auch die Zuschläge seien daher nichtig.

Mit Eingabe vom 23. August 2021 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin ein und beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Materiell hielt die Vergabestelle fest, dass sich die in der Beschwerdeschrift beanstandeten Bedingungen im Wesentlichen bereits aus der Ausschreibung selbst ergeben hätten. Weitere Vorgaben seien, wie zum Beispiel die Konzeption des Abrufverfahrens, ohne Weiteres bei der ersten Lektüre des konzisen Pflichtenhefts erkennbar gewesen. Daher erfolgten die Rügen sowohl zur Ausschreibung als auch zu den Ausschreibungsunterlagen verspätet und seien verwirkt. Indem die Beschwerdeführerin ihre Rügen nicht bereits früher vorgebracht habe, verstosse sie zudem gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Doch selbst wenn die Rügen der Beschwerdeführerin zu hören wären, so seien sie nicht derart schwerwiegend, dass sie die Nichtigkeit und Wiederholung des gesamten Verfahrens zur Folge hätten. Zuzugleich Aussichtslosigkeit der Beschwerde sei der Antrag auf aufschiebende Wirkung daher abzuweisen.

Mit Verfügung vom 20. September 2021 entsprach der Instruktionsrichter dem Begehren der Vergabestelle, es sei ihr wegen Dringlichkeit vorsorglich zu erlauben, zugunsten von swisstopo beziehungsweise der Geodaten-Infrastruktur des Bundes Cloud-Leistungen von B. SARL zu beziehen. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung

wies das Bundesverwaltungsgericht mit dem vorliegenden Zwischenentscheid vom 18. Oktober 2021 ab. In der Folge erklärte die Beschwerdeführerin den Rückzug ihrer Beschwerde, weshalb das Beschwerdeverfahren am 13. Dezember 2021 als zufolge Rückzugs erledigt abgeschlossen wurde.

Aus den Erwägungen:

5.

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

5.2 Die Vergabestelle begründet ihren Antrag, es sei die der Beschwerde superprovisorisch erteilte Beschwerde (recte: aufschiebende Wirkung) wieder zu entziehen, namentlich mit der fehlenden Nichtigkeit der Ausschreibung. Die Nichtigkeitsfolge komme nur bei ganz gewichtigen und offensichtlichen Verfahrensfehlern überhaupt infrage, und auch dann nur, wenn sie mit dem Rechtssicherheitsgebot vereinbar sei. Im vorliegenden Fall versuche die Beschwerdeführerin lediglich den Umstand zu überspielen, dass die Rügen verspätet und rechtswidrig vorgebracht worden und daher verwirkt seien ([...]).

5.3 Nach der Rechtsprechung sind fehlerhafte Verwaltungsakte in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtskräftig. Nichtigkeit, das heisst absolute Unwirksamkeit, einer Verfügung wird nur angenommen, wenn sie mit einem tiefgreifenden und wesentlichen Mangel behaftet ist, wenn dieser schwerwiegende Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (statt vieler BGE 137 I 273 E. 3.1 m.H.). Diese drei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Verfügung eintritt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN,

Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1098). Dabei ist ein Zuschlagsentscheid ebenso wie die Ausschreibung unbestrittenermassen als Verfügung zu qualifizieren (Art. 29 aBöB; vgl. GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1167 mit Fn. 2510 sowie Rz. 1265). Als Nichtigkeitsgründe kommen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2; 138 II 501 E. 3.1; 132 II 21 E. 3.1; 129 I 361 E. 2.1). Die Annahme schwerwiegender Verfahrensfehler wird in der Praxis – nicht nur im Vergaberecht – zurückhaltend gehandhabt (Zwischenentscheid des BVGer B–1249/2017 vom 30. März 2017 E. 5.5 « Lüftung Kaserne Thun I »; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1111). Nur ausnahmsweise kann auch eine schwerwiegende materiellrechtliche Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit führen (BGE 137 I 273 E. 3.1; BVGE 2008/8 E. 6.2 m.H.; MARKUS MÜLLER, in: VwVG-Kommentar, 2. Aufl. 2019, N. 26 zu Art. 5). Zentral sind insoweit die zwingenden Normen des Völkerrechts und die notstandsfesten Garantien der EMRK (BGE 136 II 415 E. 3.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 31 Rz. 16). Damit ist im Umkehrschluss die Schwelle für die Feststellung der Nichtigkeit mit materiellrechtlicher Begründung höher, wenn es darum geht, die Nichtigkeit etwa mit der Verletzung von aus dem Wirtschaftsverfassungsrecht abgeleiteten Prinzipien zu begründen.

5.4

5.4.1 Die Beschwerdeführerin weist im Sinne eines ersten Nichtigkeitsgrundes darauf hin, dass der Beschaffungsgegenstand weit gefasst ist. Der Projekttitle des Vergabeverfahrens beziehe sich gemäss Ziffer 2.2 der Ausschreibung auf « Public Clouds » und suggeriere damit, dass eine Ausschreibung über Cloud Computing durchgeführt werde. Der Beschaffungsgegenstand gehe aber weit darüber hinaus. Ziffer 2.6 der Ausschreibung beschreibe den Beschaffungsgegenstand äusserst weit. Es gehe um einen ganzen Technologienkatalog. Erfasst sein sollen demnach nach Auffassung der Beschwerdeführerin alle erdenklichen « Digitalisierungsprojekte », die der Bund in nächster Zeit allenfalls durchführen möchte. Zusammenfassend erstrecke sich der Beschaffungsgegenstand auf ein kaum eingegrenztes Dienstleistungsspektrum ([...]). Eng mit dieser Rüge verbunden ist der zweite Vorwurf, wonach der Inhalt künftiger Aufträge noch völlig offen sei, weil die Auftraggeberseite hierzu selbst zugebe, dass diesbezüglich « noch bundesinterne Abstimmungen » laufen ([...] m.H. auf Ziffer 3.2.2 des Pflichtenhefts). De facto wüssten die Zuschlagsempfängerinnen nicht, für welche konkreten Aufträge sie den Zuschlag erhalten

hätten. Auch die Rahmenbedingungen für die im Rahmen des Abrufverfahrens (Mini-Tender) zu beziehenden einzelnen Leistungen seien dürftig. Man sei weit davon entfernt, mit dem Zuschlag alle essentialia negotii des Beschaffungsvertrags festzulegen. Ausserdem seien auch die Preise mittels der Möglichkeit der Anpassung der Preisliste veränderbar. Damit sei auch der Preis der konkreten künftigen Aufträge noch unbestimmt ([...]).

5.4.2 Die Vergabestelle entgegnet diesbezüglich, dass es in der Natur der Ausschreibung von Rahmenverträgen liege, dass sich die technischen Leistungsmodalitäten über die Vertragsdauer verändern können und daher im Ausschreibungszeitpunkt oftmals nicht bereits bis in jedes Detail feststehen. Andernfalls gehe die mit einer Rahmenvertragsausschreibung bezweckte Effizienz und Flexibilität verloren. Der als Beilage 2 zum Pflichtenheft definierte Servicekatalog beruhe bereits auf einer Bedarfserhebung bei allen involvierten Bedarfsträgern hinsichtlich Cloud-Dienstleistungen. Eine noch detailliertere Spezifizierung der Leistungen sei angesichts des dynamischen Wandels der Cloud-Technologie und der Variierung der (standardisierten) Cloud-Angebote weder möglich noch notwendig. Für die Vergabestelle habe es ökonomisch, technisch und betrieblich keinen Sinn ergeben, einzelne Funktionen (wie etwa « Internet of Things » oder « Artificial Intelligence / Machine Learning ») aus der Beschaffung auszugliedern und zum Gegenstand eines separaten Verfahrens zu machen. Es gehe darum, eine unnötig hohe Zahl von Cloud-Leistungserbringern zu vermeiden, da eine solche zu einem unzumutbaren organisatorischen und koordinativen Aufwand führen würde. Auch seien entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin keineswegs sämtliche Digitalisierungsprojekte erfasst. Vielmehr sei der Bezug – 110 Millionen über fünf Jahre ergeben 22 Millionen pro Jahr – ins Verhältnis zum Gesamtwert der jährlichen IT-Vergaben in Höhe von insgesamt 2,4 Milliarden zu setzen. Zugleich bestätigt die Vergabestelle, dass für den Leistungsbezug beziehungsweise die Abrufverfahren Mini-Tender-Verfahren vorgesehen sind. Schliesslich beruft sie sich, was ihren Spielraum in Bezug auf die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands betrifft, auf das europäische Richtlinienrecht ([...]).

5.4.3 Nach der Rechtsprechung ist – entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin ([...]) – zunächst klar, dass das Instrument des Rahmenvertrags als solches rechtlich auch nach dem hier anzuwendenden aBöB zulässig ist, obwohl es keine diesbezügliche rechtliche Regelung gibt (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 4.2 « HP-

Monitore »; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2927). Das gilt sowohl für den Abschluss eines Rahmenvertrags mit einer Zuschlagsempfängerin als auch für das vorliegend gewählte Konzept mit einem Zuschlag an mehrere Zuschlagsempfängerinnen (vgl. zu dieser Unterscheidung etwa MICHÈLE REMUND, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 5 zu Art. 25 BöB). Um der Wettbewerbszielsetzung gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBöB gerecht zu werden, ist eine Höchstbezugsmenge festzulegen und die Vertragsdauer zu begrenzen. Das revidierte BöB sieht in Art. 25 Abs. 3 diesbezüglich ausdrücklich vor, dass die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens fünf Jahre beträgt und eine automatische Verlängerung nicht möglich ist. Nur in begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden. Rechtsvergleichend ist insoweit auch Art. 33 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94/65 vom 28.3.2014 zu berücksichtigen. Dort wird festgehalten, dass bei der Vergabe von auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträgen keinesfalls substanzielle Änderungen an den Bedingungen dieser Rahmenvereinbarung vorgenommen werden dürfen. Darauf wiederum bezieht sich implizit die Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: Botschaft BöB; BBl 2017 1851, 1938), wenn dort Art. 25 Abs. 4 BöB dahingehend erläutert wird, dass die Leistungen ohne erneute Ausschreibung durch den Einzelvertrag nicht wesentlich geändert oder erweitert werden dürfen. Soweit die Beschwerdeführerin zusätzlich die Frage aufwirft, ob ein Rahmenvertrag ohne Mindestbezugsmenge zulässig ist, ist darauf hinzuweisen, dass die Lehre diese Frage zumindest überwiegend bejaht (BEYELER, a.a.O., Rz. 2927; CAROLE GEHRER CORDEY, Rahmenverträge, in: Aktuelles Vergaberecht 2020, S. 362 f.). Damit führt die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht diese Frage mit Urteil B-3526/2013 « HP-Monitore » (E. 4.2) mangels entsprechender Rüge offengelassen hat, jedenfalls nicht zur Nichtigkeit der Ausschreibung. Dies umso mehr, als der Verzicht auf das Erfordernis einer Mindestbezugsmenge auch dem Willen des Gesetzgebers in Bezug auf das neue BöB entspricht (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1936 zu Art. 25 Abs. 1 BöB).

5.4.4 Aus dem Wettbewerbsziel des Vergaberechts ergibt sich nicht nur eine Begrenzung der Vertragsdauer und der vorliegend auf 110 Millionen Franken festgelegten Bezugsmenge. Vielmehr soll auch der Leistungsumfang einer öffentlichen Beschaffung nicht zu grosse Teile des Marktes

abdecken. In der Botschaft zum seit dem 1. Januar 2021 geltenden Recht wird dazu ausgeführt, der Rahmenvertrag dürfe nicht dazu dienen, eine beträchtliche Anzahl sachlich getrennter Beschaffungen für Jahre dem Wettbewerb zu entziehen. Rahmenverträge müssen stets auf eine spezifische Leistungskategorie beschränkt bleiben. So wäre es unzulässig, einen Rahmenvertrag « für den IT-Bedarf der Bundesverwaltung in den Jahren 2017–2020 » auszuschreiben (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1936 zu Art. 25 Abs. 2 BöB). Die hinreichende Spezifikation dient also nicht nur der Transparenz, sondern auch dem Wettbewerb. Es spricht viel dafür, dass eine Rahmenvereinbarung für den IT-Bedarf der Bundesverwaltung in den Jahren 2017–2020 nicht nur rechtswidrig, sondern auch nichtig wäre. Auch die Rechtsprechung zum Vergaberecht berücksichtigt die Nichtigkeit als Argument, mit welchem auch eine nicht angefochtene Ausschreibung angegriffen werden kann. Zur Begründung der Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung müssten diese Grundsätze jedoch in schwerwiegender Weise verletzt worden sein (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2004-018 vom 29. März 2005, auszugsweise publ. in: Verwaltungsrechtspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.81 E. 3b/bb « PISA 2006 – Koordinierung und Datenerfassung »). Dies ist indessen vorliegend nicht der Fall. Die Vergabestelle weist zutreffend darauf hin, dass die technische Spezifikation die Vorgabe enthält, wonach die angebotenen Leistungen den « Essential Characteristics » der « NIST Definition of Cloud Computing » zu entsprechen haben. Dass sowohl die Ziffer 2.6 der Ausschreibung als auch die technische Spezifikation TS05 wie das Pflichtenheft (insb. Ziffer 3.2) und dessen Anhang 2 den Leistungsumfang sehr breit umschreiben, ergibt sich aus den Akten. Da ist von Blockchain über Machine Learning, Internet of Things bis zu Cyber Defence die Rede. Aus dem Kontext ergibt sich aber prima facie, dass die entsprechenden Themen beziehungsweise Digitalisierungsdienstleistungen nur so weit unter den Rahmenvertrag « Public Cloud Services » fallen, als der Bezug dieser Cloud-Dienstleistungen infrage steht. Es ist auch folgerichtig, Cloud-Dienstleistungen mit weiteren Digitalisierungsdienstleistungen zu verbinden, soweit ein gewisser sachlicher Zusammenhang zwischen diesen Dienstleistungen gegeben ist. Daher ist prima facie unter Berücksichtigung der Begrenzung der Vertragsdauer auf fünf Jahre und der Höchstbezugsmenge der Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts in einer Weise Rechnung getragen, die jedenfalls die Nichtigkeit der Ausschreibung ausschliesst. Zwar erscheint es gerade bei einer solch breiten Palette an nachgefragten Dienstleistungen durchaus

fraglich, ob es nicht sinnvoller gewesen wäre, je nach Informationssicherheits- und Datenschutzerfordernissen verschiedene Pakete zu schnüren und mehrere Rahmenverträge auszuschreiben. Aber allein der Dienstleistungsumfang führt wegen des hinreichenden Fokus auf «Public Cloud Services» jedenfalls nicht zur Nichtigkeit der vorliegend zu beurteilenden Ausschreibung mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung. Zudem enthält das Pflichtenheft in Ziffer 3.1 auch den Hinweis, dass für den Fall, dass sich zum Beispiel mit Blick auf datenschutzrechtliche Aspekte besondere Bedürfnisse ergeben sollten, zusätzliche ergänzende Beschaffungen vorbehalten bleiben. Zudem wird in Ziffer 3.2.2 des Pflichtenhefts unter dem Titel «Abrufverfahren» festgehalten, dass als Kriterium eine Risikobeurteilung unter anderem unter Berücksichtigung von Informationssicherheit und Datenschutz vorgesehen ist. Damit führen auch Fragen der Informationssicherheit oder die Datenschutzaspekte nicht geradezu zur Nichtigkeit der angefochtenen Ausschreibung.

5.4.5 Die Vorgabe gemäss Art. 16a Abs. 1 aVöB (AS 1996 518), wonach die Anforderungen an die geforderte Leistung in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu beschreiben sind, gilt auch für Rahmenvereinbarungen. Demnach setzt auch eine Rahmenvereinbarung eine ausreichende Bestimmtheit hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands voraus. Die Vergabestelle muss sich im Voraus darüber im Klaren sein, was sie in welcher Qualität beschaffen will (FETZ/STEINER, Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes, in: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR, Bd. XI, 3. Aufl. 2020, Rz. 110). Dabei lassen sich die Anforderungen an den Inhalt und an den Präzisierungs- und Detaillierungsgrad eines Ausschreibungstexts nicht verallgemeinern, sondern hängen vor allem auch von der Art des zu vergebenden Auftrags ab (Urteil des BGer 2D_36/2016 vom 27. März 2018 E. 2.3.1 «Primarschulhaus Krämeracker»; GALLI et al., a.a.O., Rz. 401). In der Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1936) wird diesbezüglich ausgeführt, dass Rahmenverträge stets auf eine spezifische Leistungskategorie beschränkt bleiben müssen. Die Leistungen sind daher hinreichend zu spezifizieren. Ein Rahmenvertrag bildet keinen Ersatz für eine mangelhafte Leistungsbeschreibung (vgl. dazu auch GEHRER CORDEY, a.a.O., S. 358). Für das deutsche beziehungsweise das europäische Vergaberecht fügt indessen DREHER hinzu, dass die geforderte Bestimmtheit der Funktion der Rahmenvereinbarung entsprechend (meint: im Vergleich zu einer normalen Beschaffung) nur eingeschränkt sein kann (MEINRAD DREHER, in: Wettbewerbsrecht, Bd. 4 Vergaberecht, 6. Aufl. München 2021, N. 142 zu § 103 GWB). Die Ver-

gabestelle räumt diesbezüglich ein, dass zur Spezifizierung der Bedürfnisse noch weitere Abklärungen bei den Bedarfsstellen notwendig sind. Ein derartiges Eingeständnis kann eine Ausschreibung durchaus angreifbar machen. Indessen ergibt sich aus den Akten immerhin, dass der Servicekatalog gemäss der technischen Spezifikation TS05 bereits das Ergebnis einer groben Bedarfsermittlung mit Abklärungen bei den Bedarfsstellen ist (Pflichtenheft, S. 5). Damit fällt prima facie auch insoweit eine Nichtigkeit der Ausschreibung wegen zu wenig präziser Leistungsbeschreibung ausser Betracht, nachdem in E. 5.4.4 festgestellt worden ist, dass immerhin ein hinreichender Fokus auf « Public Cloud Services » gegeben ist. Auf die Rügen betreffend Mini-Tender, Vertragsinhalt bei einzelnen Leistungsbezügen und mangelnder Klarheit in Bezug auf den Preis wird im Folgenden spezifisch eingegangen.

5.5

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

5.5.2 Die Vergabestelle führt dazu aus, das Abrufverfahren sei als (modifiziertes) Mini-Tender-Verfahren ausgestaltet. Sie habe die in diesem Rahmen anzuwendenden Kriterien im Pflichtenheft definiert. Einzig der konkrete Einbezug der Anbieterinnen in diesen Prozess (Angebotsabruf über Internetportal, elektronische Schnittstelle etc.) werde im Rahmen der Vertragsverhandlungen und unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebots zu definieren sein. Entscheidend sei nicht, dass im Rahmen des Abrufverfahrens die identischen Kriterien wie bei der Rahmenvertragsausschreibung gelten, sondern dass sich die Anbieterinnen im Zeitpunkt der Ausschreibung ein Bild über die Modalitäten und Kriterien des Abrufverfahrens machen können, um ein angemessenes Angebot einzureichen. Mit der Durchführung eines modifizierten Mini-Tender-Verfahrens werde sichergestellt, dass der Wettbewerb nicht nur bei der Auswahl der Rahmenvertragspartner, sondern im Zeitpunkt des Abrufverfahrens erneut spiele. Indem die Angebote nach transparenten Kriterien erneut evaluiert würden, insbesondere auch, was das Preis-Leistungs-Verhältnis angehe, könne entgegen den Befürchtungen der Beschwerdeführerin sichergestellt werden, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt werde. Von einer faktisch freihändigen Vergabe, wie dies die Beschwerdeführerin behauptete, könne keine Rede sein. Soweit die Beschwerdeführerin kritisiere, dass im Rahmen des Abrufverfahrens nach der vorgesehenen Konzeption kein Rechtsschutz bestehe, verkenne sie, dass die Nichtöffnung des Verwaltungsrechtswegs der ständigen, in Art. 53 Abs. 6 BöB kodifizierten Vergabepraxis entspreche. Nach diesem Konzept stehe der Anbieterin, die mit Entscheiden beim Abrufverfahren nicht einverstanden sei, der zivilrechtliche Rechtsweg offen. Dieser Rechtsschutz sei auch hier sichergestellt, da die Abrufe jeweils begründet und dokumentiert würden ([...]).

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

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

Ausserdem wird im Anschluss festgehalten, dass eine Dokumentation des begründeten Zuschlags an den oder die Cloud-Anbieter erfolgen soll (Mehrfachzuschläge möglich), mit Volumen (Kostendach). In Bezug auf die Zuschlagskriterien geht BEYELER möglicherweise davon aus, dass diese für das Mini-Tender-Verfahren dieselben sein müssen wie für den Rahmenvertrag selbst (BEYELER, a.a.O., Rz. 2929). Demgegenüber lässt sich aus Art. 25 Abs. 5 Bst. d BöB wohl der Schluss ziehen, dass jedenfalls nach neuem Recht für die Mini-Tender-Vergabe nicht derselbe Kriterienkatalog gelten muss wie für die Rahmenvereinbarung. Diesbezüglich ist auch interessant, dass für das deutsche Recht festgehalten wird, dass mitunter gerade der Preis, der in einer Rahmenvereinbarung noch keine abschliessende Regelung findet, allenfalls abhängig von der Bedarfs- und Marktentwicklung erst bei Abruf der konkreten Leistungen durch die jeweiligen Einzelverträge konkretisiert wird. Dementsprechend kann der Preis zwar, muss aber nicht bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt werden (GERRIT BRAUSER-JUNG, in: Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. Köln 2020, N. 319 und 326 zu § 103). Demnach kann zwar nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass eine Ausschreibung angreifbar ist, wenn für das Mini-Tender-Verfahren nicht dieselben Kriterien gelten wie für den Rahmenvertrag. Solange indessen – wie vorliegend – auch für das Mini-Tender-Verfahren Kriterien definiert sind, kann aber prima facie nicht von der Nichtigkeit der Ausschreibung ausgegangen werden. Richtig ist aber, dass nicht ganz klar wird, ob die Vergabestelle technische Spezifikationen der Rahmenvereinbarung einerseits und Zuschlagskriterien für das Mini-Tender-Verfahren andererseits klar auseinandерhält. Ungewöhnlich ist zudem die Vorgabe, wonach die Bedarfsträger die Angebote der Anbieter « basierend auf den Informationen, welche bei den Portalen der Cloud-Anbieter verfügbar sind » vergleichen und bewerten (Pflichtenheft, S. 7). Daraus ergibt sich wohl tatsächlich, dass die Bedarfsträger im Mini-Tender-Verfahren, obwohl sie durchaus nicht nur rein

standardisierte Leistungen beziehen, keine Offerten einholen. Dafür gibt die Vergabestelle auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keine Begründung. Es ist zwar nachvollziehbar, dass Preisschwankungen berücksichtigt werden sollen, weshalb jeweils aktuelle Informationen relevant sind. Die Ausschreibung ist auch nicht nichtig, weil in Bezug auf die Preisbildung auf aktuelle Preislisten der Anbieter abgestellt wird, die die Anbieter öffentlich zugänglich führen sollen (Ziffer 8.1 des Pflichtenhefts). Indessen erklärt das nicht ohne Weiteres, warum den Anbieterinnen, deren Angaben verglichen werden, im Rahmen eines Mini-Tender-Verfahrens keine Gelegenheit gegeben werden soll, eine Offerte einzureichen, zumal auch nach den Mini-Tender-Kriterien keineswegs nur der Preis relevant ist. Aber auch diese Vorgabe für das Abrufverfahren führt prima facie nicht zur Nichtigkeit der Ausschreibung.

5.5.4 Jedenfalls nicht beigespflichtet werden kann der Vergabestelle, wenn sie die zivilrechtliche Abwicklung der Mini-Tender-Vergabe mit zivilrechtlichem Rechtsschutz damit rechtfertigt, dass die Nichteröffnung des Verwaltungsrechtswegs der ständigen, in Art. 53 Abs. 6 BÖB kodifizierten Vergabepaxis entspricht. Vielmehr ist umgekehrt festzustellen, dass es für diese nicht selbstverständliche Rechtsschutzregelung nach dem bis Ende Dezember 2020 geltenden und vorliegend zur Anwendung kommenden Recht an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. In der Lehre wird denn auch zutreffend darauf hingewiesen, dass das EU-Vergaberecht vergaberechtlichen Rechtsschutz gegen Einzelabrufe im Mini-Tender-Verfahren vorsieht (REMUND, a.a.O., N. 24 zu Art. 25 BÖB). Die Vergabestelle war sich der Brisanz der infrage stehenden Vorgaben denn auch durchaus bewusst. Folgerichtig hat sie unter EK 07 « Bezugsregelung » verlangt, dass der Anbieter einverstanden ist mit dem Vorgehen gemäss Ziffer 3.2.2 des Pflichtenhefts. Es braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht näher darauf eingegangen zu werden, inwieweit das Beschaffungsrecht im Rahmen der Ausschreibung beziehungsweise von Ausschreibungsunterlagen wegbedungen werden kann beziehungsweise ein in diesem Zusammenhang allenfalls anzunehmender, vor Ergehen der Zuschlagsverfügung erklärter Rechtsmittelverzicht gültig ist (vgl. dazu immerhin GALLI et al., a.a.O., Rz. 1253). Zusammenfassend ergibt sich, dass die Ausschreibung, wenn sie denn angefochten worden wäre, in Bezug auf die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems für das Mini-Tender-Verfahren aufgehoben worden wäre. Das bedeutet aber – weil wie nach neuem Recht zivilrechtlicher Rechtsschutz gewährleistet sein soll (vgl. Botschaft BÖB, BBl 2017 1851, 1981 zu Art. 53 Abs. 6 BÖB) – keineswegs, dass die Ausschreibung zugleich nichtig ist. Damit braucht im vorliegenden Fall auch auf die

Verfassungswidrigkeit der Rechtsschutzlösung gemäss aBöB als solche nicht weiter eingegangen zu werden (vgl. dazu GALLI et al., a.a.O., Rz. 1206 m.H.). Vor allem ist der Vorwurf der Beschwerdeführerin falsch, wonach die Anbietersauswahl im Mini-Tender-Verfahren in das Belieben der Bedarfsstelle gestellt wird. Vielmehr sind diesbezüglich – wie festgelegt – Kriterien vorgesehen. Es ist auch nicht zu erkennen, dass die Vergabestelle diese im Rahmen der Abrufverfahren ausser Acht lassen will, was – wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält – unzulässig wäre (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 « Mobile Warnanlagen »; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 8.3 « Stahlwasserbauten Ritomsee »). Das ergibt sich auch aus dem offensichtlich als Vorbild dienenden Konzept des neuen Rechts, wonach die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens – meint insbesondere denjenigen der Transparenz – auch für den individuellen Abruf der Leistungen beachtlich sind, mit der Besonderheit, dass der Abruf der Leistungen unter einem Rahmenvertrag dem Zivilrecht untersteht (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1936). Damit bringt die Vergabestelle prima facie den Willen zum Ausdruck, tatsächlich die Leistungen mehrerer Anbieter vergleichen zu wollen. Folgerichtig erweist sich auch die schwerwiegendste Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die konkreten Aufträge faktisch freihändig vergeben werden sollen, als unbegründet. Die Tatsache, dass offenbar auf das Einholen von Offerten verzichtet werden soll, ist als solche kein Nichtigkeitsgrund, solange das Konzept – insoweit der Logik des Mini-Tender-Verfahrens entsprechend – zumindest von einem Vergleich von Angaben verschiedener Anbieter ausgeht. Damit ist auch der Nichtigkeitsgrund, der sich allenfalls aus der Wahl des falschen Verfahrens ergeben könnte (vgl. dazu etwa das von der Beschwerdeführerin zitierte Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2014.187 vom 8. Oktober 2014 E. 2.1, in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2014/4 S. 822 ff.), nicht erfüllt. Im Übrigen schliesst das Verwaltungsgericht Aargau an der zitierten Stelle nicht auf Nichtigkeit, sondern hält lediglich fest, dass ein schwerwiegender Verstoss im Rahmen des Beschwerdeverfahrens von Amtes wegen, also auch ohne entsprechende Rüge des Beschwerdeführers, zu prüfen ist.

5.6

5.6.1 Die Beschwerdeführerin rügt weiter in Bezug auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, dass für die Erteilung der Zuschläge im Rahmenvertrag Preiselemente ausschlaggebend waren, die es dann aufgrund der breiten Leistungspalette in den Mini-Tender-Verfahren nicht sein werden. Es sei ohne Weiteres denkbar, dass dann ein Drittanbieter für die konkret abgerufene Leistung ein günstigeres Angebot lege als

alle vorselektionierten Zuschlagsempfängerinnen ([...]). Ausserdem sei der Preis im vorliegenden Vergabeverfahren zu wenig stark gewichtet. Die preislich als am attraktivsten beurteilte Zuschlagsempfängerin 3 habe, wie sich im Rahmen des Zuschlags erstmals gezeigt habe, für das Zuschlagskriterium ZK05 « Preis Service Angebote » bloss 13,8 Punkte erhalten. Faktisch sei der Preis also nur mit 13,8 Prozent bewertet worden, obwohl er in der Ausschreibung mit 30 von 100 Punkten veranschlagt worden sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müsse die Bewertungsmethode aber gewährleisten, dass der Preis effektiv (und nicht bloss formell) mit mindestens 20 Prozent Gewicht in den Zuschlagsentscheid einflüsse ([...]).

5.6.2 Die Vergabestelle führt zunächst zur Wirtschaftlichkeit der Beschaffung aus, sie sei – um eine Auswahl an Rahmenvertragspartnerinnen zu treffen – nicht umhingekommen, die Angebote in ihrer Gesamtheit miteinander zu vergleichen und zu bewerten. Ausgewählt worden seien diejenigen fünf Anbieterinnen, die über den gesamten Leistungskatalog hinweg die vorteilhaftesten Angebote eingereicht hätten. Die Zuschlagsempfängerinnen hätten sich bereits im Rahmen der Ausschreibung gegen die Konkurrenz durchsetzen müssen und müssten sich im Rahmen des Abrufbeziehungsweise Mini-Tender-Verfahrens erneut behaupten ([...]). Auch die von der Beschwerdeführerin geäusserten Bedenken zur Preisbewertung seien unbegründet. Die Tatsache, dass die Zuschlagsempfängerin 3 unter dem ZK 05 « Preis Service Angebote » « nur » 13,8 statt der möglichen 30 Punkte erhalten habe, bedeute nicht, dass der Preis untergewichtet worden sei. Wie sich aus den Ausführungen in Ziffer 6.2.2 des Pflichtenhefts (« Bewertung der Preise ») ergebe, seien die Angebote der Anbieterinnen « pro Service » miteinander verglichen worden und nicht aufgrund eines fiktiven Gesamtpreises. Diese Bewertungsmethodik liege darin begründet, dass es den Anbieterinnen offengestanden habe, einzelne der ausgeschriebenen Services nicht anzubieten. Ein Vergleich beziehungsweise eine Bewertung der Gesamtkosten sei daher nicht möglich beziehungsweise sinnvoll gewesen. Hinzu komme, dass der Preis zusätzlich über das ZK04 « Volumenrabatt » in die Bewertung eingeflossen sei. Für den Volumenrabatt hätten maximal 10 Punkte vergeben werden können, was einer Gewichtung von 10 Prozent entspreche. Dieser Punkterahmen sei mit Bewertungen von bis zu 8 Punkten weitgehend ausgeschöpft worden. Effektiv sei der Preis über ZK 04 und ZK 05 im Ergebnis mit über 20 Prozent Gewicht in den Zuschlagsentscheid eingeflossen. Die Bewertungsmethode stehe damit im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ([...]).

5.6.3 Die Rüge, wonach die Rahmenvertragspreisbewertung nicht hinreichend aussagekräftig sei in Bezug auf die Frage, ob nicht ein Dritter für eine spezifische Teilleistung ein günstigeres Angebot lege als alle für den Rahmenvertrag selektionierten Zuschlagsempfängerinnen, erweist sich prima facie als nicht stichhaltig. Vielmehr sind derartige Risiken dem Konzept des Rahmenvertrags mit breiter Leistungspalette in gewissem Umfang inhärent und sprengen das der Vergabestelle im Rahmen mit der Preisbewertung zustehende Ermessen nicht (vgl. zum von der Vergabestelle zu Recht geltend gemachten Ermessensspielraum etwa B VGE 2018 IV/2 E. 7.2 « Produkte zur Innenreinigung I »). Umso weniger kann insoweit Nichtigkeit geltend gemacht werden.

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

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

Bewertet werden pro Angebot die einzelnen Preise der ausgewählten Services (vgl. Anhang 2 Servicekatalog). Die Preise der einzelnen Angebote werden mittels folgender Formel bepunktet.

Alle Werte, die in der Bandbreite von 50 % liegen, erhalten Punkte (lineare Interpolation zwischen 100 % und 150 %). Alle Werte, die den tiefsten Wert um mehr als 50 % überschreiten, erhalten 0 Punkte. Alle Angebote welche gemäss Formel ein Resultat unter 0 ergeben, werden mit 0 Punkten bewertet (keine Minuspunkte).

Formel zur Berechnung der Punkte zu den einzelnen Angebotspreisen:

$$Punkte = M \times \left(\frac{P_{max} - P}{P_{max} - P_{min}} \right)$$

M = Maximale Punktzahl

P = Preis des zu bewertenden Angebots

P_{min} = Preis des tiefsten zulässigen Angebots

P_{max} = Preis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneidet
($P_{min} * 150\%$)

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

5.6.6 Das Kriterium ZK05 «Preis Service Angebote (vgl. Anhang 2 Servicekatalog)» ist gemäss Ziffer 5.1 des Pflichtenhefts mit 30 von 100 möglichen Punkten und damit mit 30 Prozent gewichtet ([...]). Ebenfalls unbestritten ist, dass die in Bezug auf dieses Kriterium am besten bewertete Anbieterin lediglich 13,8 Punkte erhalten hat. Vor diesem Hintergrund erscheint die Rüge, die gewählte Bewertungsmethode führe dazu, dass die effektive Gewichtung deutlich anders sei als die kommunizierte Gewichtung, prima facie nicht offensichtlich unbegründet. Indessen ist auch die Begründung der Vergabestelle, dass sie den Durchschnitt von Preisen für mehrere Elemente gemäss Servicekatalog zugrunde gelegt hat, um vor allem dort das Ergebnis nicht zu verfälschen, wo – was nach den Vorgaben der Vergabestelle zulässig war ([...]) – für gewisse Servicekatalogpositionen keine Preise angeboten wurden, in gewisser Weise nachvollziehbar. Indessen braucht diese Frage nicht vertieft zu werden, da es – wie die Vergabestelle zutreffend ausführt – dem Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, sämtliche den Preis beschlagenden Zuschlagskriterien in einen Gesamtzusammenhang zu stellen. Das Zuschlagskriterium ZK04 «Volumenrabatt» ist mit 10 Prozent gewichtet und der am besten bewertete Anbieter hat 8 von 10 Punkten erhalten, wogegen drei andere Anbieter mit 0 Punkten bewertet worden sind, sodass hier auch eine effektive Differenzierung erreicht worden ist (vgl. Evaluationsbericht, Ziffer 6.4.5, S. 23). Damit erweist sich die in Bezug auf die Preisbewertung erhobene Rüge, soweit beide preisrelevanten Zuschlagskriterien gemeinsam betrachtet werden, als offensichtlich unbegründet. Damit würde die Beschwerdeführerin selbst dann nicht durchdringen, wenn ihre Rüge nicht verspätet wäre und nicht nur Nichtigkeit, sondern auch Rechtmässigkeit zu prüfen wäre. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, dass sich die effektive Gewichtung erst im Rahmen des Zuschlags gezeigt habe ([...]), ist wohl so zu verstehen, dass sie selbst diese Rüge insbesondere als nicht verspätet betrachtet. Die Rüge ist erst recht erfolglos vor dem Hintergrund, dass vorliegend ein Rahmenvertrag mit Mini-Tender-Verfahren infrage steht und der Preis auch ein Kriterium für die Anbieterauswahl im Mini-Tender-Verfahren ist (vgl. E. 5.5.3 hiervor). Damit ist der Preis insoweit sowohl im Rahmen der Rahmenvereinbarung als auch im Rahmen des

Leistungsbezugs von Relevanz, womit die Mindestgewichtung auf jeden Fall eingehalten ist. Ausserdem ist vor diesem Hintergrund auch die bundesgerichtliche Vorgabe nicht in gleicher Strenge anzuwenden im Vergleich zu einer Situation, in der der Preis nur in Bezug auf die Rahmenvereinbarung selbst ein relevantes Kriterium ist.

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