



Abteilung II
B-3402/2009
{T 0/2}

Urteil vom 6. Juli 2010

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richterin Vera Marantelli,
Richter Claude Morvant, Richter Bernard Maitre,
Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiber Martin Buchli

Parteien

1. (...)

2. (...)

3. **C.**_____,

4. (...)

5. (...)

6. (...)

7. **G.**_____,

8. **H.**_____,

9. **I.**_____,

10. **Red Hat Limited**, 6700 Cork Airport Business Park,
Kinsale Road, IE-Cork,

11. (...)

12. (...)

13. **M.**_____ ,

14. **N.**_____ ,

15. **O.**_____ ,

16. **P.**_____ ,

17. **Q.**_____ ,

18. **R.**_____ ,

alle vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur.
Matthias Hauser, Lindtlaw Anwaltskanzlei,
Obstgartenstrasse 7, Postfach, 8042 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
Ressort Einkauf Bürotechnik / Informatik,
Fellerstrasse 15, 3003 Bern,
vertreten durch
Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und
Rechtsanwältin lic. iur. Julia Bhend,
Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte,
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,
Vergabestelle,

Gegenstand

Beschaffungswesen - Verlängerung Lizenzen für
standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf
aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung
und (Third Level) Support.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die Bundesverwaltung bezieht laut eigenen Angaben seit Anfang der 90er Jahre bei Microsoft Software für Computer und für einen Teil der Server, für Text-, Datenbank-, Tabellen- und Präsentationserstellung sowie Hintergrunddienste der Büroautomation wie Print-, File-, Directory- und Management-Werkzeuge.

A.b Im Jahr 1996/97 standardisierte die damalige Informatikkonferenz Bund (IKB, heute Informatikrat Bund, IRB) erste Büroarbeitsplatzkomponenten (Microsoft-Produkte Exchange/Office). In der Folge wurde die Microsoft-Produktepalette mehrmals bestätigt und ergänzt. In diesem Zusammenhang wurde 2005 das Projekt Standardarbeitsplatz (später Büroarbeitsplatz Bund BAB) in Angriff genommen.

A.c Im Oktober 2001 schloss die Eidgenossenschaft nach eigenen Angaben erstmals mit dem Unternehmen Microsoft Ireland Operations Ltd. ein sogenanntes Enterprise Agreement (EA) ab. Die Vertragslaufzeit eines solchen beträgt in der Regel drei Jahre. Entsprechend wurde das EA in den Jahren 2004 und 2007 verlängert. Weder der erste Zuschlag im Oktober 2001 noch die Verlängerungen in den Jahren 2004 und 2007 wurden öffentlich publiziert. Auf den Inhalt eines solchen Enterprise Agreements wird – soweit notwendig – in den Erwägungen eingegangen.

A.d Seit April 2003 besteht ein Vertrag (Microsoft Business Agreement), enthaltend die Bestimmungen für die Rechtsbeziehungen zwischen Microsoft und der Vergabestelle, welcher seither die Grundlage der Enterprise Agreements bildet.

A.e Im Jahr 2005 verabschiedete das Informatikstrategieorgan des Bundes (ISB) die Open Source-Software(OSS)-Strategie der Bundesverwaltung (Version 1.01 vom 15. März 2005), die den Einsatz von OSS-Produkten in verschiedenen Bereichen vorsieht.

A.f Im Jahr 2007 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) die Beschaffung von 10'500 Personal Computer (Los 1) sowie 17'500 Notebooks (Los 2), je inklusive Installation, Staging, Transport und Inbetriebnahme sowie Service und Wartung im offenen Verfahren

aus. Als technische Spezifikation wurde vorgegeben, dass sämtliche Hardwarekomponenten mit Microsoft Vista und Windows XP kompatibel sein müssen sowie, dass die Personal Computer und die Notebooks jeweils mit dem kostengünstigsten Betriebssystem "Microsoft Vista OEM" zu liefern sind. Weiter wurde unter dem Titel "Produktebeschrieb" auf die "Weisung des Informatikrates des Bundes über die Standardisierung von Informatikprodukten in der Bundesverwaltung vom 25. März 2007" hingewiesen, welche Grundlage für die Beschaffung bildet. Am 15. Februar 2008 erteilte das BBL für insgesamt Fr. 31'935'525.– den Zuschlag an vier unterschiedliche Anbieter. Sowohl die Ausschreibung als auch die Zuschlagserteilung blieben unangefochten.

B.

B.a Am 23. Februar 2009 erteilte die Vergabestelle der Microsoft Ireland Operations Ltd. im freihändigen Verfahren den "Lieferauftrag" für die Verlängerung von Lizenzen für den standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und (Third Level) Support.

B.b Am 5. März 2009 schloss die Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin den nach dem Willen der Parteien rückwirkend per 1. Januar 2009 geltenden Vertrag betreffend die Ablösung und Verlängerung des ursprünglich bis Ende 2009 geltenden Enterprise Agreements vom 10. Dezember 2006. Das Enterprise Agreement 2009 (EA 09) umfasst jedenfalls die Fortsetzung der Software Assurance für die Arbeitsplätze von nahezu 40'000 Bundesangestellten, d.h. Aktualisierungen, Updates und Patches von bestehenden Produkten sowie Wartungs- und Supportleistungen für diese Produkte.

B.c Der Zuschlag vom 23. Februar 2009 wurde im SHAB Nr. 83 vom 1. Mai 2009 publiziert. Zur Begründung des Zuschlags wird unter Ziffer 3.3 der Publikation auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) verwiesen, wonach eine freihändige Vergabe zulässig ist, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage kommt, und es keine angemessene Alternative gibt.

C.

Am 15. Mai 2009 reichte die Vergabestelle angesichts der presse-

öffentlich angekündigten Beschwerde aus dem Kreise der Open Source-Software(OSS)-Anbieter eine Schutzschrift ein, in welcher sie namentlich beantragte, ein allfälliges Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung sei abzuweisen. Ausserdem seien keine Anordnungen zu treffen, die es der Bundesverwaltung während der Dauer des Beschwerdeverfahrens verunmöglichen, Produkte von Microsoft gemäss Zuschlag und Enterprise Agreement vom 5. März 2009 zu nutzen.

D.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2009 (Posteingang beim Bundesverwaltungsgericht: 27. Mai 2009) erhoben 18 OSS-Anbieter (im Folgenden: Beschwerdeführende) Beschwerde. In der Hauptsache stellen sie folgenden Antrag:

"Die Verfügung vom 23. Februar 2009 über den Zuschlag 'Verlängerung Lizenzen für standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und (Third Level) Support' an die Mitbeteiligte sei aufzuheben und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen."

In prozessualer Hinsicht beantragten die Beschwerdeführenden, der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei, zunächst superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Des Weiteren beantragten sie, der Vergabestelle seien während der Dauer des Beschwerdeverfahrens jegliche Vertragsvollzugshandlungen zu verbieten.

Zur Begründung ihrer Anträge, insbesondere zu ihrer Legitimation, führen die Beschwerdeführenden unter anderem aus, bei einer freihändigen Vergabe seien alle potentiellen Anbieter legitimiert, welche geltend machen könnten, die Ausschreibung sei zu Unrecht nicht in einem höherstufigen Verfahren durchgeführt worden. Jede der Beschwerdeführerinnen sei allein, mit anderen in einer Arbeitsgemeinschaft oder als Generalunternehmerin mit Subunternehmern in der Lage, die vergebene Leistung zu erbringen. Sie verweisen in diesem Zusammenhang auf ihre Produkte, die denjenigen der Zuschlagsempfängerin ebenbürtig seien. Der Auftrag weise keine technischen Besonderheiten im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB auf, zu denen es keine Alternative gebe.

E.

E.a Mit superprovisorischer Anordnung vom 27. Mai 2009 verfügte der Instruktionsrichter, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung insoweit erteilt werde, als sich das Gericht einstweilen vorbehalte, die angefochtene Verfügung und damit den Zuschlag aufzuheben. Zudem wurde die Vergabestelle in Abweisung des anders lautenden Antrags der Beschwerdeführenden ermächtigt, Leistungen, die für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Informatik erforderlich sind, vorläufig weiterhin bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Der weitergehende Bezug von Leistungen wurde ihr demgegenüber einstweilen untersagt.

E.b Mit Eingabe vom 10. Juni 2009 nahmen die Beschwerdeführenden zur Schutzschrift der Vergabestelle vom 15. Mai 2009 Stellung. Sie ergänzten ihre prozessualen Anträge dahingehend, das Gericht möge der Vergabestelle verbieten, bestimmte neue Softwareprodukte einzuführen (SharePoint), neu zu installieren (beispielsweise Migration von Windows XP auf Windows Vista) und die Migration auf Vista/Office 2007 weiterzuführen.

E.c Am 12. Juni 2009 reichte die Vergabestelle innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführenden ein. Sie beantragte, auf die Beschwerde, auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie auf das Gesuch um Erlass weiterer vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten, eventualiter sei auf die entsprechenden Begehren der nicht beschwerdeberechtigten Beschwerdeführenden nicht einzutreten, subeventualiter seien die Beschwerde und die genannten Gesuche abzuweisen. Weiter beantragte sie, der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen und die superprovisorisch verfügten Massnahmen seien aufzuheben.

Zur Begründung führt die Vergabestelle in der Hauptsache unter anderem aus, die Beschwerdeführenden seien zur Anfechtung des Zuschlages nicht legitimiert, weil keiner der Beschwerdeführenden Lizenzrechte und Wartungsleistungen für Microsoft-Produkte, sondern allenfalls Teilleistungen anbieten könne. Sie bezeichnet die diesbezüglichen Behauptungen der Beschwerdeführenden als unsubstantiiert, da die Substituierbarkeit aus Sicht der Nutzer nicht nachgewiesen, einige der genannten Alternativprodukte von keinem der Beschwerdeführenden angeboten und ausserdem keine Referenzen

für die genannten Produkte vorgelegt würden. Eine Untersuchung der Produktpalette und Unternehmensgrösse der einzelnen beschwerdeführenden Unternehmen ergebe aus Sicht der Vergabestelle, dass sie die vergebenen Leistungen jedenfalls nicht in dem gewünschten Umfang anbieten könnten.

E.d Gemäss Verfügung vom 27. Mai 2009 reichte die Vergabestelle mit ihrer Stellungnahme vom 12. Juni 2009 die Vorakten samt einem Aktenverzeichnis ein, aus dem hervorgeht, welche Aktenstücke von der Akteneinsicht auszunehmen seien. In der Folge erklärte sich die Vergabestelle bereit, ein teilweise abgedecktes Aktenverzeichnis den Beschwerdeführenden zugänglich zu machen.

E.e Mit Verfügung vom 17. Juni 2009 stellte es der Instruktionsrichter der Vergabestelle wie auch den Beschwerdeführenden frei, bis zum 22. Juni 2009 gegenseitig zu den prozessualen Anträgen gemäss den Eingaben vom 10. bzw. 12. Juni 2009 Stellung zu nehmen. Der Antrag der Vergabestelle auf Verzicht eines zweiten Schriftenwechsels wurde insoweit abgewiesen. Der Vergabestelle wurde aufgegeben mitzuteilen, welches Gewicht im Rahmen des freihändig vergebenen Auftrags den Lizenzgebühren, der Wartung und dem Third Level Support zukommt, wobei jeweils nach Client und Server als Kategorien zu unterscheiden war.

E.f Mit Eingabe vom 22. Juni 2009 hielten die Beschwerdeführenden an den in der Beschwerde gestellten materiellen Anträgen fest. Sie beantragten in prozessualer Hinsicht, den Antrag der Vergabestelle auf Entzug der superprovisorisch gewährten aufschiebenden Wirkung und auf Aufhebung der superprovisorisch verfügten vorsorglichen Massnahmen abzuweisen. Betreffend die von der Vergabestelle in Zweifel gezogene Legitimation der Beschwerdeführenden verwiesen diese darauf, dass es hierfür allein darauf ankomme, ob es sich bei den Beschwerdeführenden um potentielle Anbieter handle.

E.g Ebenfalls am 22. Juni 2009 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführenden ein. Darin betont die Vergabestelle, dass es in ihrem Ermessen stehe, ob sie Leistungen von Dritten beschaffen bzw. Leistungen der Zuschlagsempfängerin durch Neues ersetzen wolle. Durch das EA 09 würden keine neuen Produkte beschafft, sondern nur Aktualisierungen, Updates, Upgrades, Patches etc. sowie Wartungsleistungen für bereits genutzte Produkte eingekauft; nur 4 % des Auftragswerts entfalle auf

Lizenzgebühren. Die Beschwerdeführenden hätten nicht den Nachweis erbracht, die zugeschlagene Leistung erbringen zu können, weswegen die freihändige Vergabe zulässig gewesen sei.

E.h Weiter reichte die Vergabestelle eine Aufstellung gemäss Ziffer 5 der Verfügung vom 17. Juni 2009 ein zur Frage, welches Gewicht im Rahmen des freihändig vergebenen Auftrags den Lizenzgebühren, der Wartung und dem Third Level Support zukommt. Die Vergabestelle bezeichnete ihre Eingabe als "vertraulich/von der Akteneinsicht auszunehmen".

E.i Mit Verfügung vom 23. Juni 2009 wurde der Schriftenwechsel, soweit er Äusserungen mit Blick auf den Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. vorsorgliche Anordnungen zum Gegenstand hat, geschlossen.

E.j Am 25. Juni 2009 reichte die Vergabestelle auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin eine neue, ungefähre Prozentangaben enthaltende Version ihrer Zusammenstellung ein zur Frage, welches Gewicht im Rahmen des freihändig vergebenen Auftrags den Lizenzgebühren, der Wartung und dem Third Level Support zukommt, welche der Gegenseite zugestellt wurde. Zudem wurden seitens der Vergabestelle Abdeckungsvorschläge für die Aktenstücke Nr. 36 (Aktennotiz "Microsoft Enterprise Agreement Bund 1.1.2009-31.12.2011") sowie Nr. 37 (dem eigentlichen EA 09 mitsamt Konzept) eingereicht. In der Folge erklärte sich die Vergabestelle auf Vorschlag des Instruktionsrichters bereit, auf einige der Abdeckungen zu verzichten.

E.k Mit Verfügung vom 26. Juni 2009 unterbreitete der Instruktionsrichter der Vergabestelle einen eigenen Abdeckungsvorschlag in Bezug auf die Dokumente Nr. 36 und Nr. 37 betreffend das EA 09, welcher mit Eingabe vom 29. Juni 2009 mit geringfügigen Änderungen akzeptiert wurde.

E.l Der Instruktionsrichter ersuchte die Vergabestelle mit Schreiben vom 29. Juni 2009 um Zustimmung zur Umschreibung des Inhalts des Dokuments Nr. 40 (IRB-Sitzungsprotokoll), welche mit Eingabe vom 30. Juni 2009 grösstenteils gegeben wurde.

E.m Mit Verfügung vom 30. Juni 2009 erklärte der Instruktionsrichter die in der Verfügung vom 22. Juni 2009 betreffend Schluss des

Schriftenwechsels vorbehaltene Instruktion in Bezug auf die Akteneinsicht vor Ergehen des Zwischenentscheides für abgeschlossen.

E.n Mit Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009 verfügte das Bundesverwaltungsgericht, dass es dem Gesuch auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung dahingehend entspreche, dass es sich vorbehalte, den angefochtenen Zuschlag aufzuheben. Die Begehren der Beschwerdeführenden, es seien vorab Feststellungen zur Gültigkeit des Vertrags zu treffen und Einschränkungen im Vertragsvollzug anzuordnen, wurden abgewiesen.

F.

F.a Mit Schreiben vom 13. Juli 2009 beantragten die Parteien übereinstimmend, das Beschwerdeverfahren zu sistieren, um zu einer Vergleichslösung zu gelangen. Daraufhin sistierte der Instruktionsrichter das Verfahren mit Zwischenverfügungen vom 13. Juli, 31. August, 18. September und 20. Oktober 2009, wobei die Parteien jeweils ersucht wurden, über die Fortschritte bei den Vergleichsbemühungen zu informieren. Mit Eingaben vom 30. November 2009 äusserten sich die Parteien übereinstimmend, dass bei dem zuletzt geführten Vergleichsgespräch keine Annäherung mehr stattgefunden habe. Sie beantragten eine weitere Sistierung des Verfahrens bis zum 10. Dezember 2009, welche mit Zwischenverfügung vom 2. Dezember 2009 verfügt wurde, wobei die Parteien zugleich aufgefordert wurden, Anträge zur weiteren Prozessleitung zu stellen.

F.b Mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 bezeichnete die Vergabestelle die Vergleichsgespräche als gescheitert und beantragte, zunächst ihren mit der fehlenden Beschwerdelegitimation begründeten Nichteintretensantrag zu behandeln. Die Beschwerdeführenden beantragten am 10. Dezember 2009, den Antrag der Vergabestelle, zunächst in einem gesonderten Zwischenentscheid über die Legitimation zu entscheiden, abzuweisen. Es seien die ihr mit Verfügung vom 13. Juli 2009 abgenommenen Fristen betreffend Akteneinsicht und Beschwerdeergänzung erneut anzusetzen.

F.c Mit Zwischenverfügung vom 10. Dezember 2009 verfügte der Instruktionsrichter die Aufhebung der Sistierung und beschränkte den Schriftenwechsel in der Hauptsache einstweilen auf die Eintretensfrage. Die Beschwerdeführenden wurden aufgefordert, bis zum 8. Januar 2010 ihre Beschwerde zur Eintretensfrage unter besonderer

Berücksichtigung des in Bezug auf die Legitimation relevanten Sachverhalts zu ergänzen. Gleichzeitig erhielten die Beschwerdeführenden Gelegenheit, ihre Akteneinsichtsansträge zu spezifizieren.

G.

G.a Mit Eingabe vom 8. Januar 2010 erklärten die Beschwerdeführerinnen 1, 2, 4–6, 11 und 12 den Rückzug ihrer Beschwerde. Die im Verfahren verbliebenen Beschwerdeführenden verzichteten auf weitere Akteneinsicht. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführenden zur Begründung ihrer Legitimation wird in den Erwägungen eingegangen.

G.b Mit Verfügung vom 11. Januar 2010 hob der Instruktionsrichter die am 10. Dezember 2009 angeordnete Beschränkung des Schriftenwechsels auf die Eintretensfrage auf und setzte den Beschwerdeführenden Frist bis zum 12. Februar 2010 an, ihre Beschwerde in Bezug auf die materiellen Fragen zu ergänzen. Die Vergabestelle wurde aufgefordert, innert gleicher Frist eine auf die Eintretensfrage beschränkte Beschwerdeantwort zu erstatten.

G.c Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs in Bezug auf die Kostenverlegung erklärte das Gericht das Beschwerdeverfahren mit Teilabschreibungsentscheid vom 5. Februar 2010 in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen 1, 2, 4–6, 11 und 12 als zufolge Rückzugs teilweise erledigt.

G.d Die Vergabestelle nahm mit Eingabe vom 12. Februar 2010 Stellung zur auf die Eintretensfrage beschränkten Beschwerdeergänzung der Beschwerdeführenden vom 8. Januar 2010. Sie beantragt was folgt:

"1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter

2.1 Den Beschwerdeführerinnen sei Frist anzusetzen zur Erklärung, in welcher Zusammensetzung sie die streitgegenständlichen Leistungen erbringen können und welche Beschwerdeführerinnen dabei

- die Gesamtverantwortung als Alleinunternehmerin,
- die Gesamtverantwortung (rechtlich und organisatorisch) als Generalunternehmerin,
- die Verantwortung gemeinschaftlich und (solidarisch) oder
- anteilmässig in einem Konsortium (unter Darlegung der Konsortialmitglieder und Leistungsbeiträge) übernehmen, und/oder
- als Subunternehmerin auftreten würden.

2.2 Es sei ein unabhängiger gerichtlicher Sachverständiger zu bestellen und mit der Klärung der folgenden Fragen zu beauftragen:

- Sind die Beschwerdeführerinnen (jede allein oder einige gemeinsam) finanziell, wirtschaftlich und technisch in der Lage, Leistungen zu erbringen, die einen gleichwertigen Ersatz darstellen, (i) zu den Leistungen, die Gegenstand der freihändigen Vergabe bilden und (ii) zu den Produkten, auf die sich das EA 09 bezieht?

- Sind die Beschwerdeführerinnen (jede allein oder gemeinsam) finanziell, wirtschaftlich und technisch in der Lage, in nützlicher Frist eine Migration (einschliesslich Planung und Anpassung der Schnittstellen zu den Fachanwendungen) von 37'000 Arbeitsplätzen von den heute in Betrieb stehenden Produkten zu den von ihnen in Beschwerdebeilage 2 bzw. Beilage 3 zur Beschwerdeergänzung vom 8. Januar 2010 angepriesenen Produkten durchzuführen?

3. Über die Frage der Legitimation der Beschwerdeführerinnen, die an ihrer Beschwerde immer noch festhalten, sei im Rahmen eines selbständig anfechtbaren Zwischenentscheids zu entscheiden.

4. An den bisher gestellten Begehren und Anträgen wird festgehalten."

Auf die Begründung ihrer Anträge wird in den Erwägungen eingegangen.

G.e In der materiellen Beschwerdeergänzung vom 12. Februar 2010 rügen die Beschwerdeführenden unter Aufrechterhaltung der gestellten materiellen Anträge insbesondere, dass die streitgegenständliche Freihandvergabe unzulässig gewesen sei, weil in Bezug auf den Auftragsgegenstand der angefochtenen Vergabe Alternativen zu den Produkten der Zuschlagsempfängerin bestünden und keine der in Art. 13 Abs. 1 VöB genannten, eine freihändige Vergabe rechtfertigenden Ausgangslagen gegeben sei. Ausserdem gebe es auch einen Intra-Brand-Wettbewerb in dem Sinne, dass mehrere Microsoft-Wiederverkäufer in der Lage seien, die nachgefragten Leistungen anzubieten.

G.f Am 15. Februar 2010 verfügte der Instruktionsrichter einstweilen die Abweisung der Anträge der Vergabestelle zur Ansetzung einer Frist an die Beschwerdeführenden betreffend die Beantwortung verschiedener Fragen in Bezug auf deren Eignung und Konstituierung als Konsortium; dasselbe wurde in Bezug auf den Antrag der Vergabestelle auf Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen angeordnet. Der Instruktionsrichter stellte es ausserdem den Beschwerdeführenden frei, bis zum 23. Februar 2010 zum Antrag der Vergabestelle, wonach die Legitimation der Beschwerdeführenden in einem selbständig anfechtbaren Entscheid zu beurteilen sei, Stellung zu nehmen. Beiden Parteien wurde innert gleicher Frist freigestellt, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob allenfalls eine Beschränkung der Legitima-

tionsprüfung auf einen Teil der Beschwerdeführenden im Rahmen des selbständig anfechtbaren Entscheids prozessual zulässig und opportun sei.

G.g Mit Eingabe vom 23. Februar 2010 beantragt die Vergabestelle was folgt:

"1. Von der Beschränkung der Legitimationsprüfung auf nur einen Teil der Beschwerdeführerinnen sei abzusehen, und es sei die Legitimationsprüfung für jede der verbleibenden elf Beschwerdeführerinnen vorzunehmen;
2. Falls die Frage der Legitimation/bzw. ihres Fehlens aufgrund der vorliegenden Akten und Beweismittel nicht spruchreif ist, sei ein gerichtlicher Sachverständiger zu bestellen und mit der Beantwortung der Frage zu betrauen, ob eine einzelne oder mehrere Beschwerdeführerinnen gemeinsam in der Lage seien, Leistungen in der Art und im Volumen der zugeschlagenen Leistungen zu erbringen."

G.h Die Beschwerdeführenden beantragen in ihrer Stellungnahme vom 23. Februar 2010, dass kein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid über ihre Legitimation gefällt werde und der gegenteilige Antrag der Vergabestelle abzuweisen sei. Eventualiter beantragen sie, es sei im Rahmen des selbständig anfechtbaren Zwischenentscheids über die Legitimation sämtlicher Beschwerdeführenden zu entscheiden.

G.i Mit Verfügung vom 24. Februar 2010 stellte der Instruktionsrichter vorbehaltlich der Zustimmung des Spruchkörpers einen auf die Eintretensfrage beschränkten Entscheid in Aussicht, mit welchem allenfalls nur die Legitimation einzelner Beschwerdeführenden zu prüfen sei, und ersuchte in diesem Zusammenhang die Beschwerdeführerin 10, bis zum 3. März 2010 den Umfang der ihrerseits angebotenen Leistungen anhand von einschlägigen Referenzobjekten darzulegen.

G.j Die im Verfahren verbliebenen Beschwerdeführenden reichten innert erstreckter Frist mit Schreiben vom 8. März 2010 neben Unterlagen zu den Referenzobjekten der Beschwerdeführerin 10 auch solche für die Beschwerdeführerinnen 13 und 14 ein.

G.k Die Vergabestelle nahm mit Eingabe vom 22. März 2010 zu den Referenzprojekten der Beschwerdeführerinnen 10, 13 und 14 Stellung.

G.l Ebenfalls mit Eingabe vom 22. März 2010 erstattete die Vergabestelle innert erstreckter Frist die materielle Beschwerdeantwort. Sie

hält an ihren Anträgen fest und beantragt eventualiter die Bestellung eines unabhängigen gerichtlichen Sachverständigen unter anderem zu den Fragen, ob es Dritte gebe, die dieselben Leistungen erbringen, die gemäss dem angefochtenen Zuschlag beschafft werden, und welcher zeitliche, personelle und kostenmässige Aufwand eine Migration der über 37'000 Arbeitsplätze des Bundes auf Nicht-Microsoft-Produkte, insbesondere die von den Beschwerdeführenden angebotenen, erfordere.

G.m Mit Verfügung vom 23. März 2010 erklärte der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel in Bezug auf die Legitimation für geschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB; vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1982/2008 vom 17. Juli 2008, E. 1.2 mit Hinweisen). Dies gilt auch für den Zuschlag im Falle einer freihändigen Vergabe gemäss Art. 16 BöB i.V.m. Art. 13 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11), insbesondere da die beschwerdeführende Partei mangels veröffentlichter Ausschreibung nicht in die Lage versetzt wird, diese anzufechten und so die Wahl eines möglicherweise unzulässigen Verfahrens von vornherein zu verhindern (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 1999-005 vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.8 E. 1b/cc; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 821; zum kantonalen Recht vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2001.00116 vom 9. November 2001 E. 2a). Dementsprechend hat vorliegend die Vergabestelle das Vorhandensein eines Anfechtungsobjekts und die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu keinem Zeitpunkt bestritten. Es ist des Weiteren offensichtlich, dass namentlich die in Frage stehenden Informatikdienstleistungen gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB i.V.m. Anhang 1

Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA], SR 0.632.231.422) in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen und dass der massgebliche Schwellenwert gemäss Art. 6 BöB überschritten ist.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

2.

2.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/61, E. 1.2).

2.2 Zunächst ist zu klären, was Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Im Verwaltungsrecht definiert sich der Streitgegenstand durch das Anfechtungsobjekt und die Anträge der beschwerdeführenden Partei, die bestimmen, inwieweit die Verfügung angegriffen werden soll (BGE 133 II 35 E. 2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 403). Der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens – und damit einhergehend die Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts – werden damit einerseits durch die angefochtene Verfügung und andererseits durch die Anträge der Beschwerdeführenden beschränkt.

2.3 Angefochten ist vorliegend die freihändige Zuschlagserteilung vom 23. Februar 2009. Der Regelungsinhalt des Zuschlags besteht darin, dass die Vergabestelle in rechtsverbindlicher Weise (Art. 29 Bst. a BöB) festlegt, dass sie mit der Zuschlagsempfängerin den privatrechtlichen Vertrag über den konkreten Beschaffungsgegenstand – "Verlängerung Lizenzen für standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und (Third Level) Support" – abschliessen will (vgl. MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf

2004 [im Folgenden: BEYELER, Öffentliche Beschaffung], Rz. 316, wonach der Zuschlag zunächst als Willenserklärung zu verstehen ist).

2.4 Die Beschwerdeführenden beantragen in der Hauptsache, "der Zuschlag sei aufzuheben und es sei die Vergabestelle zu verpflichten, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen" (Beschwerde vom 20. Mai 2009). Während der Antrag auf Aufhebung des Zuschlages ohne weiteres zulässig ist, verlässt das Begehren, die Vergabestelle sei zu verpflichten, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen, den Regelungsgehalt der angefochtenen Verfügung und damit den möglichen Streitgegenstand. Bei einer Aufhebung des freihändig erteilten Zuschlags steht es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie die nachgefragte Leistung überhaupt noch beschaffen will. Eine Verpflichtung, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, lässt sich aus dem eidgenössischen Vergaberecht nicht ableiten. Dass die Vergabestelle im vorliegenden Fall auf die nachgefragte Leistung zwingend angewiesen ist und eine vergaberechtsfreie In-house-Lösung wohl nicht in Frage kommt, ändert nichts an der Eingrenzung des Streitgegenstandes durch die angefochtene Verfügung.

2.5 Streitgegenständliche Rechtsfrage ist daher vorliegend einzig, ob die Vergabestelle berechtigt war, den Zuschlag für die "Verlängerung Lizenzen für standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und (Third Level) Support" freihändig an die Microsoft Ireland Operations Ltd. zu vergeben. Soweit die Beschwerdeführenden über die Aufhebung des Zuschlags hinaus beantragen, es sei eine rechtskonforme Ausschreibung durchzuführen, ist auf die Beschwerde insoweit von vornherein nicht einzutreten (anders der Entscheid des Tribunal Administratif du Canton de Vaud GE.2007.0013 vom 6. November 2009).

3.

Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG.

3.1 Als Voraussetzung zur Legitimation nennt Art. 48 Abs. 1 VwVG an erster Stelle die formelle Beschwer, d.h. die Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz und das (jedenfalls teilweise) Unterliegen mit den eigenen Anträgen (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 22; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 850). Im Beschaffungsrecht ergeben sich bei der Anfecht-

tung von Verfügungen betreffend den Zuschlag im offenen Verfahren diesbezüglich keine Besonderheiten: Beschwerdeberechtigt ist in dieser Konstellation grundsätzlich nur, wer sich durch Einreichung eines Angebots am Beschaffungsverfahren beteiligt hat (vgl. BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 400). Das freihändige Verfahren zeichnet sich jedoch gerade dadurch aus, dass es nur mit dem Zuschlagsempfänger durchgeführt wird. Am Auftrag interessierte Dritte erhalten in der Regel erst durch die Publikation des Zuschlages Kenntnis von der Vergabe. Da für diese Dritte demnach gar keine Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren bestand, kann der Rechtsschutz gegen die Zuschlagserteilung im freihändigen Verfahren nicht an die Verfahrensbeteiligung anknüpfen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 48 N. 8). Analog der Konstellation bei der Anfechtung einer Ausschreibung kommt im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages im freihändigen Verfahren dem Erfordernis der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG folglich keinerlei Bedeutung zu (vgl. BVGE 2009/17 E. 2; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 3.3; siehe auch BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 405).

3.2 Die Beschwerdebefugnis hängt nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG davon ab, dass die Beschwerdeführenden durch die angefochtene Freihandvergabe besonders berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung haben (sog. materielle Beschwer).

3.2.1 In der Rechtsprechung und in der Literatur wird die materielle Beschwer und damit die Legitimation bei Beschwerden gegen Freihandvergaben davon abhängig gemacht, dass es sich bei den Beschwerdeführenden um "potentielle Anbieter" der nachgefragten Leistung handelt (statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 1b, Entscheid der BRK 2003-018 vom 4. Dezember 2003 E. 2c/bb; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 868; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 405; je mit Hinweisen). Damit ein Beschwerdeführer als potentieller Anbieter erscheint, müsse er gemäss dem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2001.00116 vom 9. November 2001 E. 2c namentlich in der Lage sein, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und er müsse ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft machen. Die BRK hat im Entscheid 2003-018 vom 4. Dezember 2003 E. 2c/bb

festgehalten, der Beschwerdeführer müsse darlegen, dass er die technische, wirtschaftliche und finanzielle Fähigkeit gehabt hätte, die fragliche Vergabe auszuführen. Diese Voraussetzung sei gerechtfertigt, um eine Popularbeschwerde zu verhindern.

Eine vertiefte Auseinandersetzung, in welcher Weise ein Beschwerdeführer im Rahmen der Eintretensfrage seine Stellung als potentieller Anbieter beziehungsweise seine technische, wirtschaftliche und finanzielle Fähigkeit sowie sein Interesse an der Ausführung des Auftrages darzulegen hat, damit er als beschwerdeberechtigt anzusehen ist, ist jedoch weder der Rechtsprechung noch der Literatur zu entnehmen (vgl. immerhin das Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 3, wo allerdings im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 83 ff. des am 1. Januar 2007 ausser Kraft getretenen Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 [aOG, BS 3 521] entschieden wurde, der Anbieter einer Schwelbrennanlage sei kein potentieller Anbieter, wenn eine Rostfeueranlage zur Kehrichtbeseitigung Gegenstand der Beschaffung bilde; siehe dazu auch E. 3.2.8. f. hiernach). Dies namentlich deshalb, weil sich in den Fällen, welche bislang gerichtlich zu beurteilen waren, kaum Schwierigkeiten ergaben, den Kreis der potentiellen Anbieter zu bestimmen. So ging es etwa um "Archivdienstleistungen" (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00009 vom 22. Juli 2003), um "Baumeisterarbeiten" (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern V 99 41 vom 20. April 1999, publiziert in LGVE 1999 II Nr. 12), um eine "wärmetechnische Sanierung" (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern V 06 107 vom 10. Juli 2006), um "Architekturleistungen" beziehungsweise "Projektierungsarbeiten" (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel Landschaft KGE VV vom 21. März 2007) oder um einen "Generalplanerauftrag" (Entscheid der BRK 1999-005 vom 19. Juli 1999, publiziert in VPB 64.8) und damit um Aufträge, bei denen die Branchenangehörigen wohl regelmässig ohne weiteres in der Lage sein dürften, die freihändig beschafften Leistungen zu erbringen. In all den genannten Fällen waren die Beschwerdeführenden zudem auch Willens, den Auftrag, der Gegenstand der Freihandvergabe bildete, zu erfüllen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb vorliegend die Anforderungen an die Stellung als potentieller Anbieter bei Freihandvergaben – und damit die Anforderungen an die Beschwerdeberechtigung – auf-

grund der allgemein geltenden Grundsätze und unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Besonderheiten zu konkretisieren.

3.2.2 Um den Gehalt von Art. 48 Abs. 1 VwVG zu bestimmen, ist einerseits auf die Rechtsprechung zu aArt. 48 VwVG zurückzugreifen (vgl. VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 26; zur Frage, ob der im Rahmen der Justizreform in Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG eingefügten Ergänzung, wonach die beschwerdeführende Partei durch die angefochtene Verfügung nunmehr *besonders* berührt sein muss, inhaltliche Bedeutung im Sinne einer Verschärfung zukommt vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 89 N. 12; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.64; offen gelassen in BVGE 2009/17 E. 3.1), andererseits ist die Rechtsprechung und die Literatur zu Art. 89 Abs. 1 BGG sowie zu Art. 103 aOG zu berücksichtigen, sind diese Legitimationsbestimmungen doch identischen Inhalts (BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRÉSARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, Bern 2009, Art. 89 N. 17). Die beschwerdeführende Partei muss demnach durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen (BGE 131 II 361 E. 1.2, mit Hinweisen). Gefordert ist ein unmittelbares, eigenes und persönliches Interesse (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6113/2007 vom 5. März 2008 E. 3.4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.65). Als schutzwürdig gelten im Rahmen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht dabei nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Interessen (BVGE 2007/20 E. 2.4.1, BVGE 2009/17 E. 3.1; vgl. zu aArt. 48 Bst. a VwVG BGE 131 II 587 E. 2.1). Ein Interesse tatsächlicher Natur braucht dabei nicht mit dem Interesse übereinzustimmen, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 10).

3.2.3 Während bei offenen und selektiven Vergabeverfahren nicht berücksichtigte oder ausgeschlossene Mitanbieter ebenfalls zu den primären Verfügungsadressaten zu zählen sind (Entscheid der BRK 1999-002 vom 16. August 1999, publiziert in VPB 64.29 E. 1b; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe

Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 28) ist beim Zuschlag im freihändigen Verfahren nur der Zuschlagsempfänger direkter Verfügungsadressat. Die Beschwerdeführenden, welche die Aufhebung des freihändigen Zuschlags verlangen, sind demgegenüber sog. Drittbeschwerdeführer contra Adressat. Während sich das Erfordernis des besonderen Berührtseins beim Adressaten einer Verfügung regelmässig ohne weiteres aus der formellen Beschwerde ergibt, ist dieses bei Dritten, welche die Verfügung anfechten, besonders zu prüfen. Dabei darf die Legitimation nicht so weit gefasst werden, dass die Beschwerde zur verpönten Popularbeschwerde wird (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 11; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 12). Die Rechtsprechung und die Literatur haben für solche Drittbeschwerden je nach Sachbereich beziehungsweise Personenkreis unterschiedliche Anforderungen an die materielle Beschwerde herausgearbeitet. Namentlich für Beschwerden von Nachbarn beziehungsweise Anwohnern (meist bezogen auf das Bau-, Planungs- und Umweltrecht; vgl. statt vieler BGE 133 II 249 E. 1.3.1) sowie für Beschwerden von Konkurrenten entwickelte sich eine durch Praxis und Lehre weitgehend gefestigte Dogmatik. Da die Beschwerdeführenden in casu Konkurrenten der Zuschlagsempfängerin sind, interessiert vorliegend die zur sog. Konkurrentenbeschwerde entwickelte Praxis und Lehre.

3.2.4 Nach der Rechtsprechung und der Literatur reicht eine blossе Konkurrenzstellung im Markt nicht aus, damit ein Dritter die den Adressaten begünstigende Verfügung anfechten kann (BGE 123 II 376 E. 5b, mit Hinweisen; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt vom 1. Februar 2004, publiziert in VPB 69.90 E. 2.4, mit Hinweisen; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 15). Eine besondere Beziehungsnähe, welche die Beschwerdebefugnis zu begründen vermag, kann aber durch eine besondere wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ordnung, wie namentlich bei vorgegebenen Kontingenten oder Zulassungsordnungen gegeben sein (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 28; weiterführend ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zürich 2000, Rz. 736 ff.), da hier der freie Wettbewerb nicht mehr spielt und die den Konkurrenten begünstigende Verfügung den Mitkonkurrenten in weitergehendem Masse erfasst (BGE 127 II 264 E. 2h). In solchen

Fällen hat die drittbegünstigende Massnahme einen direkten Einfluss auf die Chancen des Konkurrenten im Markt, sei dies durch Verringerung dessen Kontingents, oder dass trotz gleichbleibendem Kontingent die Marktstellung des Konkurrenten geschwächt wird und dies zu einem Verlust potentieller Klienten führt. MANFRINI weist aber darauf hin, dass die Rechtsprechung zur Konkurrentenbeschwerde bei drittbegünstigenden Massnahmen Unsicherheiten berge (PIERRE LOUIS MANFRINI, *Le contentieux en droit administratif économique*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR]* 1982 II, S. 433).

3.2.5 Für das Vergaberecht ist daraus abzuleiten, dass die Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber und die sich allenfalls daraus ergebende Verschiebung der Kräfteverhältnisse im Markt für sich alleine noch keine hinreichende Betroffenheit im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG begründen (vgl. aber BVGE 2009/17 E. 3.3, wonach dies bei sog. marktordnenden Beschaffungen ausnahmsweise ausreichen kann). Zur Bejahung der Legitimation ist vielmehr zu verlangen, dass ein Beschwerdeführer ein eigenes Interesse am konkreten Auftrag, der Gegenstand der staatlichen Beschaffung bildet, darlegen kann und dass er aufzuzeigen vermag, dass die (von ihm als widerrechtlich gerügte) Freihandvergabe ihn um die Chance gebracht hat, die staatlich nachgefragte Leistung zu erbringen. Mit Blick auf den vorliegenden Fall ist damit unerheblich, ob sich die Zuschlagsempfängerin der freihändigen Vergabe und die Beschwerdeführenden im Rahmen ihrer allgemeinen Geschäftstätigkeit im selben Markt für Informatikdienstleistungen beziehungsweise für die Entwicklung und den Verkauf von Standard- und Individualsoftware bewegen, wie auch es nicht entscheidend ist, ob die Beschwerdeführenden Produkte – das heisst namentlich Software – mit gleicher Funktionalität wie die Zuschlagsempfängerin anbieten (vgl. dazu E. 4.4. hiernach). Vielmehr ist für die Beurteilung der Legitimation massgebend, ob die Beschwerdeführenden hinsichtlich der konkret nachgefragten Leistung auf dem Markt als Konkurrenten der Zuschlagsempfängerin anzusehen sind, d.h. ob sie als Anbieterinnen der von der Vergabestelle nachgefragten Leistung auf dem Markt auftreten und geltend machen, diese Leistung für die Vergabestelle erbringen zu wollen.

3.2.6 Die Beschwerdelegitimation ist demnach mit Blick auf den konkreten, massgebenden Beschaffungsgegenstand der angefochtenen Freihandvergabe zu beurteilen; dieser definiert den relevanten Markt für die Beurteilung der Stellung als potentieller Anbieter. Dabei

ist zu beachten, dass bei einer Freihandvergabe weder durch eine Ausschreibung noch durch ein Pflichtenheft eine vorgängige Definition des Beschaffungsgegenstandes erfolgt, sondern der Beschaffungsgegenstand vielmehr gerade aufgrund des freihändig vergebenen Auftrags zu bestimmen ist. Die Stellung als potentieller Anbieter ist daher davon abhängig zu machen, ob die vom Beschwerdeführer angebotene Leistung funktional der freihändig beschafften Leistung entspricht. Dies ist anzunehmen, wenn auch die Leistung des Beschwerdeführers das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis zu befriedigen vermag, wobei dieses Bedürfnis an sich nicht rechtswidrig sein darf (siehe E. 3.2.9 hiernach).

Diese Konstellation ist vergleichbar mit dem wettbewerbsrechtlichen Konzept zur Bestimmung des sachlich relevanten Markts, welches vorliegend zur Bestimmung des massgebenden Beschaffungsgegenstandes beziehungsweise der Stellung als potentieller Anbieter analog heranzuziehen ist. Demnach ist darauf abzustellen, ob ein bestimmtes Gut von der Marktgegenseite hinsichtlich seiner Eigenschaft und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen wird (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [SR 251.4]; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 538). Die Substituierbarkeit richtet sich nach dem Bedarf der Marktgegenseite (sog. Bedarfsmarktkonzept; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 4 Abs. 2 N. 104), wobei die gleichartige Verwendungsmöglichkeit zweier Güter namentlich, aber nicht ausschliesslich nach Vernunftkriterien zu beurteilen ist (ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 540). Angewandt auf das Vergaberecht bedeutet dies, dass zunächst der Bedarf der Vergabestelle zu bestimmen ist. Nur wer das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis zu befriedigen vermag, befindet sich im relevanten Markt. Nicht erforderlich ist jedoch, dass ein identisches Gut angeboten wird, um die Substituierbarkeit und einhergehend die Beschwerdelegitimation zu bejahen. Es muss sich lediglich – aber immerhin – um ein mit Blick auf die von der Vergabestelle vorgesehene Verwendung gleichartiges Produkt handeln.

3.2.7 Der massgebende Beschaffungsgegenstand ist nach dem Gesagten aus einer funktionalen Sicht zu beurteilen und ein Beschwerdeführer hat darzulegen, dass seine Leistung die im freihändigen Verfahren beschaffte Leistung zu substituieren vermag, damit er

als potentieller Anbieter erscheint und auf die Beschwerde eingetreten werden kann. Das Zugrundelegen einer funktionalen Betrachtungsweise bedeutet namentlich, dass von der Vergabestelle berücksichtigte Handelsmarken beziehungsweise Handelsnamen nicht zu einer Einschränkung der Beschwerdebefugnis führen können, sind solche aus einer funktionalen Sicht doch gerade unerheblich. Auch technische Spezifikationen könnten nicht dazu führen, dass einem Beschwerdeführer die Eigenschaft als potentieller Anbieter abzusprechen ist (vgl. dazu MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 112, wonach auch bei der wettbewerbsrechtlichen Bestimmung des relevanten Marktes unterschiedliche Produktmerkmale nicht ohne weiteres dazu führen, dass die betreffenden Produkte unterschiedlichen Märkten zuzuweisen sind). Ebenso wie bei der Anfechtung einer Ausschreibung wegen diskriminierender technischer Spezifikationen die Legitimation eines Beschwerdeführers zu bejahen ist, soweit er darzulegen vermag, dass er mit seinem (die vorgegebenen technischen Spezifikationen gerade nicht erfüllenden) Produkt funktional dieselbe Leistung erbringen kann (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 3.2, wo ein Anbieter von duktilen Gussrohren gegen die Ausschreibung für den Bau von Wasserleitungen aus Polyethylenrohren Beschwerde eingereicht hat), muss es für die Beschwerdelegitimation gegen eine Freihandvergabe nach dem Gesagten ausreichen, wenn der Beschwerdeführer aufzuzeigen vermag, dass er Willens und in der Lage ist, mit seinen Produkten beziehungsweise mit den von ihm angebotenen Dienstleistungen das hinter der Nachfrage der Vergabestelle stehende Bedürfnis zu befriedigen. Die funktionale Betrachtungsweise des massgebenden Beschaffungsgegenstandes steht damit im Einklang mit Art. VI und Art. XX GPA, wonach diskriminierende technische Spezifikationen und die Vorgabe bestimmter Handelsmarken sowie Handelsnamen bei öffentlichen Vergaben im Anwendungsbereich des Staatsvertrags unzulässig sind und bei einer Verletzung dieser Vorschriften Rechtsschutz bestehen muss (vgl. BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 390).

3.2.8 Es liegt in der Kompetenz und Verantwortung des öffentlichen Auftraggebers, zu bestimmen, ob und wann er welche Arbeit vergeben will (Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 3a). Die Vergabestelle ist also, wie auch die Beschwerdeführenden nicht bestreiten (Eingabe der Beschwerdeführenden vom 8. Januar 2010, Rz. 14), bei der Umschreibung des Gegenstandes einer Beschaffung

grundsätzlich frei. Dies bedeutet auch, dass nicht jede denkbare Möglichkeit, wie eine staatliche Aufgabe erfüllt werden kann, evaluiert werden muss, sondern sich die Vergabestelle auf die ihr als am zweckmässigsten erscheinende Lösung fokussieren darf. Die funktionale Betrachtungsweise zur Bestimmung des massgebenden Beschaffungsgegenstandes schliesst dies nicht aus: Hat die Vergabestelle ihren Bedarf gesetzes- und verfassungsgemäss (siehe dazu sogleich E. 3.2.9) festgelegt, ist ein damit einhergehender Ausschluss von denkbaren alternativen Lösungen hinzunehmen. Es ist einer Vergabestelle damit unbenommen, ihren Bedarf – und damit den massgebenden Beschaffungsgegenstand – mit Blick auf die von ihr gewünschte Lösung zu konkretisieren. Die Substituierbarkeit ist dann in Bezug auf diese konkrete Leistung zu beurteilen. Soll beispielsweise ein Tunnel durch einen Berg gebaut werden, so bietet ein Anbieter, der eine Passstrasse als zweckmässiger erachtet, funktional nicht mehr eine gleichartige Leistung an (die von ihm angebotene Leistung entspricht nicht dem Bedürfnis der Vergabestelle). Ihm müsste deshalb die Legitimation zur Beschwerdeführung abgesprochen werden. Die Vergabestelle wird durch das öffentliche Beschaffungsrecht im Übrigen auch nicht dazu gezwungen, an Stelle der Wartung und Pflege eines bisher benutzten Gutes einen anderen, neuen Gegenstand zu erwerben. Entsprechend ist bei Sanierungsarbeiten an einem Gebäude ein Anbieter, der den Abbruch des bisherigen und die Erstellung eines neuen Gebäudes offerieren will, nicht beschwerdeberechtigt. Ebenso eindeutig bietet bei beschafften Wartungsleistungen (sei dies für eine Fahrzeugflotte oder für Software) der Anbieter eines neuen Produkts (neue Fahrzeuge beziehungsweise neue Software) funktional etwas anderes an, weshalb er nicht als potentieller Anbieter der Wartungsleistungen zu betrachten ist.

3.2.9 Schliesst die Konkretisierung des Bedarfs im Sinne der Fokussierung auf eine Lösung denkbare Alternativen aus, mit der Folge, dass Anbieter einer solchen denkbaren Alternative nicht mehr zum Kreis der potentiellen Anbieter zu zählen sind, darf diese Konkretisierung beziehungsweise die damit einhergehende Festlegung des massgebenden Beschaffungsgegenstandes nicht jeglicher Rechtskontrolle entzogen werden, ansonsten gegen rechtswidrige Beschaffungen kein Rechtsschutz bestehen würde (vgl. dazu den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, publiziert in BVGE 2009/17, mit welchem die Beschaffung von Hörgeräten für die Alters- und Hinterlassenenversicherung AHV sowie die

Invalidenversicherung IV wegen Verstosses gegen Art. 27 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20] aufgehoben wurde). Entsprechend hat das Bundesgericht im Urteil 2P.282/1999 vom 2. März 2000 zunächst geprüft, ob sich die Vergabestelle zulässigerweise auf eine Rostfeueranlage zur Kehrlichtbeseitigung festlegen durfte (E. 3a des genannten Entscheids; was aus den unter E. 3.2.8. hiervor dargelegten Überlegungen bejaht wurde), um dann mit Blick auf den konkreten, massgebenden Vergabegegenstand festzustellen, dass die Beschwerdeführerin, welche eine Schwelbrennanlage offerieren wollte und die andere Technologie unbestrittenermassen nicht anbot, zur Rüge, der Auftrag sei unzulässigerweise freihändig vergeben worden, mangels Stellung als potentielle Anbieterin nicht legitimiert sei (E. 3b des genannten Entscheids). Der Entscheid des Bundesgerichts ist zwar aufgrund der unterschiedlichen Legitimationsprüfung der ehemaligen staatsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 83 ff. aOG nur mutatis mutandis auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar. Auch bei einer Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht muss die Frage, ob die Beschwerdeführenden aufgrund des ihres Erachtens rechtswidrig festgelegten Beschaffungsgegenstandes aus dem Kreis der potentiellen Anbieter fallen, aber im Rahmen des Eintretens geprüft werden. Würde nämlich die blossе Behauptung eines Beschwerdeführers, der Beschaffungsgegenstand sei unzulässig festgelegt und er nur deshalb aus dem Kreis der potentiellen Anbieter gedrängt worden, zur Bejahung der Beschwerdelegitimation ausreichen, würden damit systematisch auch Personen zur Beschwerde zugelassen, denen die Stellung als potentielle Anbieter gerade nicht zukommt. Unter Anwendung von Art. 62 Abs. 4 VwVG, wonach das Gericht im Falle des Eintretens auf die Beschwerde die Rechtslage umfassend und von Amtes wegen zu prüfen hat und sich nicht auf einzelne Rügen beschränken darf (THOMAS HÄBERLI, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 62 N. 38; MADELEINE CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 62 N. 15; a.A. offenbar MARTIN BEYELER, Urteilsanmerkung zum Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juli 2009, in: Baurecht 4/2009, S. 187 f., der davon ausgeht, das Gericht dürfe vorliegend im Falle eines Eintretens auf die Beschwerde nicht prüfen, ob die Freihandvergabe aufgrund eines sog. Intrabrand-Wettbewerbs unzulässig war) würde dies dazu führen, dass das Bundesverwaltungsgericht gleich einer Aufsichtsbehörde zur Überprüfung von Freihandvergaben angerufen werden könnte. Da die Aufsichtsbeschwerde aber nur an die hierarchisch übergeordnete

Verwaltungsbehörde offen steht (Art. 71 Abs. 1 VwVG; siehe dazu STEFAN VOGEL, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 71 N. 3 und 9 ff.) und dem Gericht gerade keine allgemeine Aufsichtsfunktion im Rahmen der Verwaltungskontrolle zukommt, ist eine derart weite Zulassung zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, welche die Beschwerde gegen Freihandvergaben faktisch zur Popularbeschwerde verkommen liesse, abzulehnen.

Nicht zu hören sind die Beschwerdeführenden, wenn sie mit Verweis auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 3 geltend machen, ein Anbieter sei in jedem Fall zur Beschwerde legitimiert, wenn er vorbringt, der Vergabegegenstand sei in unzulässiger Weise so definiert worden, dass er von der Vergabe ausgeschlossen werde. Im von den Beschwerdeführenden zitierten Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich wurde eine Ausschreibung angefochten und das Gericht hatte die Zulässigkeit der vorgegebenen technischen Spezifikationen zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin dieses Verfahrens, welche die Zulassung von Druckmembranen alternativ zu den vorgegebenen Tauchmembranen erwirken wollte, hatte klarerweise ein aus funktionaler Sicht gleichartiges Produkt angeboten. Die Substituierbarkeit war entsprechend gegeben, sie befand sich mithin im relevanten Markt. Es kann folglich aus diesem Entscheid nichts für den vorliegenden Fall abgeleitet werden.

4.

4.1 Vorliegend wurde der Beschaffungsgegenstand in der Zuschlagspublikation im SHAB vom 1. Mai 2009 wie folgt umschrieben:

"2.1. Projekttitle der Beschaffung:

Verlängerung Lizenzen für standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und (Third Level) Support

2.2. Gemeinschaftsvokabular: 48000000 Softwarepaket und Informationssysteme"

Aus dieser Publikation ist zu schliessen, dass die Vergabestelle die bisher genutzte Informatikumgebung der Bundesverwaltung weiterführen will und eine Umstellung beziehungsweise Migration auf ein grundlegend neues Informatiksystem nicht ihrem Bedürfnis entspricht (siehe dazu sogleich E. 4.2). Welche Software-Lizenzen und welche Wartungsleistungen im Detail Gegenstand der Beschaffung bilden,

kann der Zuschlagspublikation indessen nicht entnommen werden, zumal der "standardisierte Arbeitsplatz Bund" weder an anderer Stelle der Publikation definiert wird noch sonst über eine allgemein zugängliche Quelle in Erfahrung gebracht werden kann. Dass die Publikation den Gegenstand der Beschaffung nur unzureichend wiedergibt, ist vorliegend indessen insofern im Ergebnis ohne Bedeutung, als dass den Beschwerdeführenden mit Verfügungen vom 17., 23., 26. und 30. Juni 2009 teilweise Einsicht in die Akten der Vergabestelle geboten wurde und sich aus den vorgelegten Akten jedenfalls mit Blick auf die Eintretensfrage hinreichend ergibt, welche Leistungen Gegenstand des abgeschlossenen Enterprise Agreements und damit der Beschaffung bilden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 8. Januar 2010 ihre noch hängigen Akteneinsichtsbegehren zurückgezogen haben, was zeigt, dass sie zur Begründung ihrer Begehren offenbar hinreichende Kenntnisse über die beschaffungsgegenständlichen Leistungen gewinnen konnten.

4.2 Unter den Parteien ist strittig, in welchem Umfang neue Software-Lizenzen erworben wurden und in welchem Umfang lediglich Wartung beziehungsweise die Weiterentwicklung bereits dem Bund gehörender Software Gegenstand der Beschaffung bilden. Während die Vergabestelle vorbringt, beschafft würden praktisch ausschliesslich Wartungsleistungen für früher getätigte "Investitionen" (Eingabe der Vergabestelle vom 22. Juni 2009, Rz. 13), machen die Beschwerdeführenden geltend, es handle sich in erster Linie um sog. Software-Assurance, welche insbesondere das Recht auf Upgrade-Lizenzen für vorhandene Software beinhalte. Solche Upgrade-Lizenzen seien Lizenzen für vollständig neue Softwareversionen, bei denen die frühere Version deinstalliert oder deaktiviert und die komplette in sich vollständige neue Version installiert werde (Eingabe der Beschwerdeführenden vom 8. Januar 2010, Rz. 16).

Der Beschaffungsgegenstand setzt sich vorliegend aus einem Bündel unterschiedlicher Leistungen (von Support-Dienstleistungen über die Software-Pflege im Sinne der Weiterentwicklung bestehender Programme bis zum Erwerb neuer Software-Lizenzen) zusammen, wobei sämtliche dieser Leistungen an der bestehenden Informatikumgebung des Bundes anknüpfen. Der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin wurde gerade mit dem Ziel abgeschlossen, die derzeit verwendeten Systeme effizient weiter nutzen zu können. Daraus ergibt sich, dass es sich bei der strittigen Beschaffung nicht um ein

komplettes Informatiksystem für nahezu 40'000 funktional definierte Arbeitsplätze handelt, sondern um die Weiterführung und Ergänzung von Informatiksystemen auf einer bestehenden Plattform. Soweit die Beschwerdeführenden vorbringen, durch die neue Beschaffung würden faktisch sämtliche bestehenden Applikationen durch neue ersetzt, weshalb die vorliegende Beschaffung mit dem Erwerb eines Nachfolgemodells für ein Auto vergleichbar sei (Eingabe der Beschwerdeführenden vom 8. Januar 2010, Rz. 16), ist dem entgegenzuhalten, dass die Vergabestelle bereits heute mehrheitlich über unbefristete Software-Nutzungsrechte verfügt und damit unabhängig vom technischen Installationsprozess jedenfalls nicht gesagt werden kann, die Weiternutzung einer Software sei mit dem Erwerb neuer Software gleichzusetzen. Im Übrigen wurde das Betriebssystem Windows Vista OEM bereits im Rahmen der Hardwarebeschaffung im Jahr 2008 für insgesamt 28'000 Notebooks und Desktops (dies dürfte rund 70 % der Arbeitsplätze des Bundes entsprechen) erworben, was ein weiterer Beleg dafür ist, dass es vorliegend um die effiziente Weiterführung eines bestehenden Datenverarbeitungssystems geht. Es kann – was auch die Beschwerdeführenden nicht geltend machen – nicht von einem Migrationsprojekt auf ein vollständig neues beziehungsweise anderes Informatiksystem gesprochen werden.

4.3 Handelt es sich vorliegend jedenfalls nicht in dem Sinne um ein Migrationsprojekt, dass ein komplett neues Informatiksystem eingeführt werden soll, so hätten die Beschwerdeführenden nach dem unter E. 3.2 hiervoor Gesagten darlegen müssen, dass sie gewillt und in der Lage sind, auf der bestehenden Microsoft-Umgebung aufbauende Leistungen (namentlich darauf aufbauende Applikationen sowie die Wartung und den Third Level Support der bestehenden Produkte) zu erbringen. Dies machen sie nun aber weder in ihrer Beschwerdeschrift noch – nachdem ihnen in wesentliche Unterlagen betreffend den Inhalt des Enterprise Agreements Einsicht gewährt wurde – in ihrer Stellungnahme vom 8. Januar 2010 zur Eintretensfrage geltend. Vielmehr lassen die Vorbringen der Beschwerdeführenden lediglich ein Interesse an der grundsätzlichen Änderung der Informatikstrategie des Bundes erkennen. Sie verstehen ihre Open Source-Lösungen weder als Weiterführung noch als Ergänzung des bestehenden Informatiksystems des Bundes, sondern als eigentliche Alternative der gesamten Bürokommunikation, umfassend Büroarbeitsplatz- und Serverumgebung mit den gesamten Desktop- und Office-Applikationen. Auch die Wartungs- und Supportdienstleistungen der Beschwerdeführenden

beziehen sich klarerweise nur auf Open Source-Programme und nicht auf die aktuell vom Bund benutzte Microsoft-Software. Mit anderen Worten verfolgt die Beschwerde einzig das Ziel einer vollständigen Migration auf Open Source-Software und damit einen eigentlichen Strategiewechsel bei der Informatik der Bundesverwaltung, der über die teilweise Verwendung von Open Source-Software auf der bestehenden (Closed Source) Plattform hinausgeht. Damit zielen die Beschwerdeführenden am Beschaffungsgegenstand vorbei, zumal das Beschaffungsrecht keinen Anspruch darauf gewährt, einen früher getroffenen Strategieentscheid bei jeder Beschaffung, die auf dieser Strategie beruht, aufs Neue überprüfen zu lassen (vgl. TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO, IT-Beschaffung des Bundes: Freihändige Vergabe mit gebundenen Händen?, in: Jusletter 18. Mai 2009, S. 5, wonach das Beschaffungsrecht nicht darauf ausgelegt sei, frühere strategische Entscheide zu korrigieren, sondern diese vielmehr unter kartell- und staatshaftungsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen seien). Es kann damit offen bleiben, ob die Beschwerdeführenden tatsächlich – wie von ihnen behauptet – in der Lage sind, eine vollständige Alternative für die nahezu 40'000 Informatik-Arbeitsplätze des Bundes anzubieten.

4.4 Hätten einzelne Beschwerdeführer geltend gemacht, ihre Software beziehungsweise ihre Dienstleistungen könnten auf der bestehenden IT-Umgebung einzelne Komponenten der strittigen Beschaffung substituieren und der freihändige Zuschlag sei insoweit teilweise aufzuheben, so wäre zu prüfen, ob sich diese Beschwerdeführenden auf dem Markt für entsprechende Einzelkomponenten der mit dem Enterprise Agreement beschafften Leistungen befinden. Es wäre namentlich denkbar, dass zur neu erworbenen Software "SharePoint" Open Source-Alternativen bestehen, welche auf der bisherigen Informatikumgebung funktionieren. Eine solche teilweise Aufhebung des Zuschlages mit dem Ziel, einzelne Leistungskomponenten des Enterprise Agreements erbringen zu können, beantragen die Beschwerdeführenden nun aber nicht. Vielmehr entspricht die damit einhergehende grundsätzliche Akzeptanz der bisherigen Informatikumgebung gerade nicht ihrem Willen und dem Zweck ihrer Beschwerde, welche wie dargelegt einen grundsätzlichen Strategiewechsel auf Open Source-Software beabsichtigt.

Es reicht diesbezüglich im Übrigen auch nicht aus, wenn die Beschwerdeführenden eine Liste einreichen, in welcher die

"Allgemeine Funktionalität der Produkte" des strittigen Enterprise Agreements dargestellt und in genereller Weise alternative Open Source-Lösungen mit äquivalenter Funktion aufgezeigt werden (Beilage 3 zur Eingabe der Beschwerdeführenden vom 10. Januar 2010), zumal die Beschwerdeführenden in keiner Weise differenzieren, ob Software-Lizenzen neu erworben oder bereits benutzte Software gewartet werden soll. Zudem ist aus dieser Liste weder ersichtlich, welche dieser Produkte von welchem Beschwerdeführer angeboten werden, noch äussert sich die Liste zur Kompatibilität der Open Source-Lösungen mit der bestehenden Informatikumgebung. Dass die Beschwerdeführenden, welche als einfache Streitgenossenschaft konstituiert ihre Beschwerdeberechtigung je einzeln darlegen müssen (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 6 N. 10), mit Ausnahme der Darlegung von Referenzobjekten nur gemeinsame Vorbringen machen, zeigt erneut, dass es ihnen um die grundsätzliche Strategieentscheidung geht und nicht darum, einzelne Leistungskomponenten der strittigen Beschaffung für die Vergabestelle zu erbringen.

Offen gelassen bleiben kann unter diesen Umständen, ob einzelne der Beschwerdeführenden in der Lage wären, basierend auf der bestehenden Informatik-Umgebung einzelne Leistungen zu erbringen, welche funktional den beschaffungsgegenständlichen Microsoft-Lösungen entsprechen.

4.5

4.5.1 Die Beschwerdeführenden machen geltend, die anbieterbezogene Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes erweise sich vorliegend als unzulässig (Eingabe der Beschwerdeführenden vom 8. Januar 2010, Rz. 13). Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass, wie unter E. 3.2.9 hiavor dargelegt wurde, die blosser Behauptung, der Beschaffungsgegenstand sei rechtswidrig festgelegt worden, entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführenden nicht genügt, damit auf die vorliegende Beschwerde eingetreten werden kann. Vielmehr hängt gerade von der Stichhaltigkeit dieser Behauptung die Stellung als potentieller Anbieter ab, weshalb diese im Rahmen der Eintretensfrage zu prüfen ist.

4.5.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist nicht zu erkennen, inwiefern der Entscheid, die bestehende Informatikumgebung weiterzunutzen, gegen Gesetz oder Verfassung

verstossen solle. Wie unter E. 3.2.8. hiavor ausgeführt wurde, ist die Vergabestelle bei der Umschreibung des Gegenstandes einer Beschaffung grundsätzlich frei und sie wird durch das öffentliche Beschaffungsrecht auch nicht dazu gezwungen, an Stelle der Wartung und Pflege eines bisher benutzten Gutes einen anderen, neuen Gegenstand zu erwerben. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführenden (Eingabe der Beschwerdeführenden vom 12. Februar 2010, Rz. 89) ist es auch unerheblich, ob ein Gut buchhalterisch bereits vollständig abgeschrieben wurde. Es entspricht, wie die Vergabestelle zutreffend ausführt (Eingabe der Vergabestelle vom 22. März 2010, Rz. 72), vielmehr dem Gebot des haushälterischen Umgangs mit den öffentlichen Mitteln, bestehende, funktionsfähige Güter auch dann weiter zu nutzen, wenn sie keinen Buchwert mehr haben. Es kann auch keine rechtswidrige Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes darin erblickt werden, dass die Vergabestelle die bestehende Informatik-Umgebung weiterführen will, zumal die funktionale Betrachtungsweise des massgebenden Beschaffungsgegenstandes das Verschieben von technischen Spezifikationen sowie Handelsmarken und -namen gerade verhindert.

Das Vorbringen der Beschwerdeführenden, sie würden aufgrund einer unzulässigen Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes aus dem Kreis der potentiellen Anbieter ausgeschlossen, erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet.

4.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführenden mit ihrer Beschwerde einzig einen eigentlichen Strategiewechsel bei der Bundesinformatik und eine komplette Migration zu Open Source-Software beabsichtigen. Dazu aber dient die Beschaffungsbeschwerde nicht. Da die Beschwerdeführenden nicht in der Lage – oder jedenfalls nicht Willens – sind, die Leistungen gemäss dem strittigen Enterprise Agreement zu erbringen, sind sie nicht als potentielle Anbieter anzusehen. Sie sind entsprechend nicht zur Beschwerdeführung legitimiert, weshalb auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

5.

Die Beschwerdeführenden führen mehrfach aus, dass die Standardisierung der Bundesinformatik rechtswidrig erfolgt sei und in früheren Jahren unter Umgehung des Vergaberechts Informatikleistungen beschafft wurden (Beschwerde vom 20. Mai 2009, S. 11). In der Tat ist

nicht auszuschliessen, dass frühere Informatikaufträge des Bundes nicht nach den Bestimmungen des BöB ausgeschrieben und in einem vergaberechtskonformen Verfahren mit Publikation des Zuschlages gemäss Art. 24 Abs. 2 BöB beschafft wurden. Diese früheren Aufträge bilden aber nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Soweit die Beschwerdeführenden diese de-facto-Vergaben vorliegend mitanfechten wollten, hätten sie dies in ihrer Beschwerde klar zum Ausdruck bringen müssen. Es kann damit auch offen bleiben, ob eine entsprechende Anfechtung überhaupt noch zulässig wäre oder nach Treu und Glauben nicht früher hätte erfolgen müssen.

6.

6.1 Die Verfahrenskosten richten sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). In Anbetracht des geschätzten Vergabevolumens von Fr. 42'000'000.– und unter Berücksichtigung der Verfahrenserledigung durch Nicht-eintreten (vgl. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 7.1) sind die Verfahrenskosten für den Hauptsacheentscheid in Anwendung von Art. 4 VGKE auf Fr. 10'000.– festzusetzen. Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, gelten die Beschwerdeführenden in der Hauptsache als unterliegend, sie haben entsprechend die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Als unterliegende Partei haben die Beschwerdeführenden keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Aufwendungen in Zusammenhang mit dem Hauptsacheurteil (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat die Vergabestelle (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

6.2 Gesondert zu verlegen sind die Kosten für den Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009, zumal dieser nicht von Amtes wegen, sondern auf Begehren der Beschwerdeführenden und Gegenantrag der Vergabestelle zu erlassen war (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4409/2008 vom 27. Januar 2010 E. 12 und B-1098/2007 vom 18. Januar 2010 E. 11). Die Kosten für den Zwischenentscheid sind auf Fr. 3'000.– festzusetzen, namentlich da ein hoher Begründungsaufwand in Bezug auf Grundsatzfragen verlangt war. Da dem Antrag der Beschwerdeführenden auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung

dahingehend teilweise entsprochen wurde, dass sich das Gericht vorbehielt, den angefochtenen Zuschlag allenfalls trotz bereits abgeschlossenem Vertrag aufzuheben, die prozessualen Anträge im Übrigen aber entsprechend den Begehren der Vergabestelle abgewiesen wurden, erweisen sich die Beschwerdeführenden und die Vergabestelle in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009 als je zur Hälfte obsiegend und unterliegend. Den Beschwerdeführenden sind damit Fr. 1'500.– an Verfahrenskosten für den Zwischenentscheid aufzuerlegen, wobei der Rückzug einzelner Beschwerdeführer seit Ergehen des Zwischenentscheides (vgl. Teilabschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 5. Februar 2010) nicht weiter zu berücksichtigen ist.

Als mit Blick auf den Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009 teilweise obsiegende Partei haben die Beschwerdeführenden Anspruch auf eine Parteientschädigung im Umfang der Hälfte der ihr durch den Zwischenentscheid erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Aufgrund der Akten und unter Berücksichtigung, dass die Vergabestelle eine Schutzschrift mit prozessualen Anträgen eingereicht hat, zu welcher die Beschwerdeführenden separat Stellung nahmen, wird der notwendige Parteiaufwand für den Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009 auf 50 Stunden zu Fr. 400.–, ausmachend Fr. 20'000.–, festgelegt. Den Beschwerdeführenden ist entsprechend eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– zulasten der Vergabestelle zuzusprechen. Die Vergabestelle hat auch in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009 keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten werden im Umfang von Fr. 11'500.– den Beschwerdeführenden auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Überschuss von Fr. 700.– wird den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Den Beschwerdeführenden wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– inkl. MwSt zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (zur Kenntnis)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Martin Buchli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 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: 7. September 2010