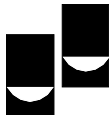


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativo federal



Abteilung II

Postfach

CH-3000 Bern 14

Telefon +41 (0)58 705 25 60

Fax +41 (0)58 705 29 80

www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-3402/2009

{T 0/2}

Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richterin Vera Marantelli,
Richter Claude Morvant; Gerichtsschreiberin Miriam
Sahlfeld.

In der Beschwerdesache

Parteien

1. A. _____,

2. B. _____,

3. C. _____,

4. D. _____,

5. E. _____,

6. F. _____,

7. G. _____,

8. H. _____,

9. I. _____,

10. Red Hat Limited, 4200 Cork Airport Business Park,
Kinsale Road, IE-Cork,

11. K. _____,

12. L. _____,

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,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

Parteien

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

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**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 Jahre 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. Dieses beinhaltet den Kauf von unbefristet geltenden Lizenzen für bestehende Software-Produkte als sogenannte Plattformprodukte für alle Desktops eines Unternehmens sowie den automatischen Erwerb der innerhalb der Vertragslaufzeit auf den Markt kommenden neuen Software-Versionen (Software Assurance). Die Vertragslaufzeit beträgt in der Regel drei Jahre. Entsprechend wurde das EA 2004 und 2007 verlängert. Weder der erste Zuschlag im Oktober 2001 noch die freihändige Vergabe der bis 2008 bezogenen Leistungen wurden im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) veröffentlicht. Seit 2003 besteht ein Rahmenvertrag (Microsoft Business Agreement vom April 2003), welcher seither Grundlage der Enterprise Agreements ist.

A.d Im Jahre 2005 verabschiedete das Informationsstrategieorgan 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.

B.

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.

C.

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 Agreement vom 10. Dezember 2006. Das Enterprise Agreement 2009 (EA 09) umfasst die Verlängerung von Server- und Arbeitsplatzlizenzen der nahezu 40'000 Bundesangestellten, Fortsetzung der Software Assurance, d.h. Aktualisierungen, Updates und Patches von bestehenden Produkten sowie Wartungs- und Supportleistungen für diese Produkte.

D.

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 (VoeB) 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. Die Publikation war mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

E.

Am 15. Mai 2009 reichte die Vergabestelle angesichts der presseöffentlich angekündigten Beschwerde aus dem Kreise der Open Source-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.

F.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2009 (Posteingang beim Bundesverwaltungsgericht: 27. Mai 2009) erhoben 18 OSS-Anbieter (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) Beschwerde. Sie beantragen in der Hauptsache die Aufhebung des Zuschlags. Die Vergabestelle sei zu verpflichten, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen.

Die prozessualen Anträge lauten wie folgt:

"2.1 Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei, zunächst superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sie der Beschwerdegegnerin zu verbieten, den Vertrag mit der Mitbeteiligten abzuschliessen.

2.2 Der Beschwerdegegnerin seien für den Fall, dass der Vertrag mit der Mitbeteiligten schon abgeschlossen wurde, während der der Dauer des Beschwerdeverfahrens jegliche Vertragsvollzugshandlungen zu verbieten. Es sei die Nichtigkeit subeventualiter die Unverbindlichkeit dieses Vertrags festzustellen.

3. Eventualiter, sofern das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung nicht vollumfänglich gewährt und der Beschwerdgegnerin allenfalls während der Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens kurzfristige Lizenzverlängerungen mit der Mitbeteiligten erlaubt, sei deren Laufzeit auf maximal ein Jahr seit Ablauf der bisherigen Lizenzen zu begrenzen und es sei der Beschwerdegegnerin zu verbieten, bisher nicht verwendete Microsoft Produkte zu erwerben oder zu installieren und für bereits verwendete Produkte Updates vorzunehmen Insbesondere sei ihr die Migration auf Windows Vista und Office 2007 vorläufig zu untersagen.

4. Den Beschwerdeführerinnen sei Einsicht in sämtliche Akten des vorliegenden Vergabeverfahrens und in sämtliche Akten, welche die Grundlage des Verfahrens bilden, zu gewähren. Namentlich sei auch Einsicht in alle hiernach zur Edition verlangten Akten zu gewähren.

5. Den Beschwerdeführerinnen sei nach Edition der verlangten Unterlagen und Gewährung von Akteneinsicht unter Ansetzung einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Ergänzung der Beschwerde einzuräumen.

6. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen."

Zur Begründung ihrer Anträge führen die Beschwerdeführerinnen unter anderem aus, die Beschwerde sei nicht aussichtslos, weil die Vergabestelle die Vergabeart des freihändigen Verfahrens zu Unrecht gewählt habe. Der Auftrag weise keine technischen Besonderheiten im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB auf, zu denen es keine Alternative gebe. Sie verweisen in diesem Zusammenhang auf ihre Produkte, die denjenigen der Zuschlagsempfängerin ebenbürtig seien sowie auf die erfolgreiche Anwendung von OSS durch andere öffentliche Einrichtungen. Zudem machen sie geltend, dass sich das EA 09 nicht in einer blossen Verlängerung des vorbestehenden EA erschöpfe, sondern dass damit eine wesentliche Erweiterung des bisherigen Auftrages verbunden sei. Weiter vertreten sie die Auffassung, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter Berücksichtigung der gegeneinander abzuwägenden Interessen jedenfalls angezeigt sei, auch wenn die Vergabestelle den Vertrag bereits abgeschlossen habe. Der verfrühte Abschluss des Vertrages, namentlich vor Publikation des Zuschlags, führe insbesondere bei einer Vergabe im freihändigen Verfahren zur Nichtigkeit dieses Vertrages, da ohne Publikation die Beschwerdefrist nicht ausgelöst würde und es damit zu dem unbilligen Ergebnis käme, dass die Vergabestelle selbst bestimmen könnte, dass

einzig die allfällige Rechtswidrigkeit des Zuschlags festgestellt und gegebenenfalls (nur noch) Schadenersatz zugesprochen werden könne. Daher sei der Vergabestelle der Vollzug des Vertrages zu untersagen und allenfalls vorfrageweise dessen Nichtigkeit festzustellen und die Vergabestelle anzuweisen, der Zuschlagsempfängerin gegenüber die Ungültigkeit des Vertrages zu erklären.

G.

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 Beschwerdeführerinnen 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. Der Antrag der Vergabestelle, es sei den Beschwerdeführerinnen eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen, wurde abgewiesen.

H.

Mit Eingabe vom 10. Juni 2009 nahmen die Beschwerdeführerinnen zur Schutzschrift der Vergabestelle vom 15. Mai 2009 Stellung. Sie ergänzen ihre prozessualen Anträge unter anderem wie folgt:

"3. [Es] seien die vom Bundesverwaltungsgericht in Ziff. 3 der Verfügung vom 27. Mai 2009 superprovisorisch angeordneten vorsorglichen Massnahmen zu bestätigen und wie folgt zu präzisieren:

a) Der Vergabestelle sei namentlich zu verbieten, neue Produkte der Zuschlagsempfängerin (darunter namentlich auch Sharepoint) einzuführen.

b) Insbesondere sei ihr zu verbieten, die erstmalige Installation eines Softwareprodukts auf einem Server oder PC, die Installation einer neuen Version eines bestehenden Produkts der Zuschlagsempfängerin (bspw. Migration von Windows XP auf Windows Vista)."

c) Von diesem Verbot auszunehmen seien die Wiederinstallation eines in der gleichen Version bereits zuvor auf dem PC oder Server installierten Produkts, die Verwendung vorinstallierter Software bei der Beschaffung neuer Hardware für einzelne Arbeitsplätze sowie die Installation der üblichen automatischen Sicherheits-Updates der Zuschlagsempfängerin.

d) Der Vergabestelle sei namentlich zu verbieten, das Projekt zur Migration auf Vista/Office 2007 weiterzuführen."

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen besteht Grund zur Annahme, dass die Vergabestelle der ihr superprovisorisch auferlegten

Beschränkung des Vertragsvollzugs auf Leistungen, die über die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Informatik hinausgehen, nicht oder nur teilweise nachlebt. Deshalb seien die superprovisorisch getroffenen Anordnungen entsprechend zu präzisieren.

I.

Am 12. Juni 2009 reichte die Vergabestelle innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen ein mit folgenden Anträgen:

- "1. Auf die Beschwerde, auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie auf das Gesuch um Erlass weiterer vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei auf die Beschwerde, auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie auf das Gesuch um Erlass weiterer vorsorglicher Massnahmen der nicht beschwerdelegitimierten Beschwerdeführerinnen nicht einzutreten.
3. Subeventualiter seien die Beschwerde, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie das Gesuch um Erlass weiterer vorsorglicher Massnahmen abzuweisen."
4. Der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen und die superprovisorisch verfügten Massnahmen seien aufzuheben.
5. Eventualiter sei die Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung und der vorsorglichen Massnahmen von der Leistung einer von Amtes wegen festzusetzenden angemessenen Sicherheit durch die Beschwerdeführerinnen abhängig zu machen.
6. Die Editionsbegehren der Beschwerdeführerinnen seien abzuweisen.
7. Den Beschwerdeführerinnen sei Einsicht in die Akten und Beilagen nur soweit zu gewähren als diese keine schützenswerten und vertraulichen Angaben enthalten und nicht unter das Amtsgeheimnis fallen.
8. Der Antrag, es sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Ergänzung der Beschwerde einzuräumen, sei abzuweisen.
9. Der Antrag auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels sei abzuweisen."

Zur Begründung führt die Auftraggeberin in der Hauptsache einerseits aus, die Beschwerdeführerinnen seien zur Anfechtung des Zuschlages nicht legitimiert, weil sie weder willens noch in der Lage seien, die gewünschten Microsoft-Produkte anzubieten. Ausserdem gehe es vorliegend entgegen den Darstellungen der Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen nicht um eine Erweiterung des Einsatzes von Microsoft-Produkten. Vielmehr würden durch das EA 09 bereits erworbene Lizenzen unter Berücksichtigung von sogenannten TrueUps (Anpassungen des Mengengerüsts in Bezug auf die Anzahl Lizenzen) in einzelnen Lizenzmodellen weiter betrieben und die Software Assurance, d.h. Wartungs- und Supportleistungen sowie Updates für bestehende Softwareversionen, sichergestellt (Stellungnahme 12. Juni

2009, S. 10 ff.). Weiter macht die Vergabestelle geltend, eine kurzfristige Umstellung auf Open Source-Software, wie sie die Beschwerdeführerinnen im Ergebnis verlangen, sei gar nicht möglich, da hierdurch das Funktionieren der Bundesverwaltung gefährdet wäre. Ausserdem hätte das seitens der Beschwerdeführerinnen beantragte umfassende Verbot des Vertragsvollzugs etwa einen Unterbruch in der Software Assurance zur Folge. Diesfalls würde bei späterer Wiederaufnahme eine sog. Reinstatement Fee fällig und bei einem Unterbruch von mehr als 20 Tagen müssten die Lizenzen neu beschafft werden.

Zur Interessenabwägung führt die Vergabestelle aus, die von den Beschwerdeführerinnen verlangten vorsorglichen Massnahmen seien keinesfalls zwingend, um von ihnen einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil abzuwenden. Das Fehlen eines schützenswerten Interesses ergebe sich daraus, dass das EA 09, anders als von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht, nicht schon deswegen nichtig sei, weil es vor der Zuschlagspublikation abgeschlossen wurde. Die Nichtigkeitsfolge müsse im Gesetz vorgesehen sein, was nach der Regelung des BoeB nicht der Fall sei. Der Zuschlag sei nicht fehlerhaft, da die freihändige Vergabe gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB rechtskonform erfolgt sei. Selbst bei einem qualifizierten Verstoß gegen das Beschaffungsrecht sei das Zivilgericht für die Feststellung der Nichtigkeit zuständig. Zudem wird geltend gemacht, bei Dauerverträgen seien die verlangten vorsorglichen Massnahmen nicht angemessen. Eine spätere Ausschreibung bei Gutheissung der Beschwerde könne die durch die vorsorglichen Massnahmen untersagten Leistungen nicht rückwirkend umfassen, weshalb eine Aussetzung des Vertragsvollzugs während der Dauer des Beschwerdeverfahrens keinen Sinn mache. Die unter dem EA 09 von der Zuschlagsempfängerin bezogenen Leistungen müssten selbst im Falle einer Migration auf OSS-Produkte einstweilen weiter bezogen werden.

J.

J.a Gemäss Verfügung vom 27. Mai 2009 reichte die Vorinstanz mit ihrer Stellungnahme vom 12. Juni 2009 die Vorakten samt einem Aktenverzeichnis ein, aus dem hervorgeht, welche Aktenstücke von der Akteneinsicht auszunehmen sind.

J.b Mit Verfügung vom 15. Juni 2009 erfolgte die wechselseitige Zustellung der Stellungnahmen nebst den nach den Anträgen der

Vergabestelle nicht von der Akteneinsicht ausgenommenen Beilagen 9 und 10 sowie 18-39 ihrer Stellungnahme. Hinsichtlich des Aktenverzeichnisses wies der Instruktionsrichter daraufhin, dass es nicht der Praxis entspreche, das Aktenverzeichnis dergestalt abzudecken, dass die Beschwerdeführerinnen gar nicht erführen, welche Akten eingereicht worden seien. Der Vergabestelle wurde unter anderem aufgegeben, umgehend eine entsprechend abgedeckte Version des Aktenverzeichnisses nachzureichen. In Bezug auf die nach der Ansicht der Vergabestelle ausserhalb des Streitgegenstand liegenden Aktenstücke betreffend die strategischen Vorgaben zur Standardisierung, wurde dieses Ersuchen mit Verfügung vom 16. Juni 2009 bekräftigt.

J.c Die Vergabestelle reichte am 17. Juni 2009 eine Version des Aktenverzeichnisses ein, welche den Anforderungen der Verfügungen vom 15. und vom 16. Juni 2009 entsprach und gleichentags den Beschwerdeführerinnen zugestellt wurde.

K.

Mit Verfügung vom 17. Juni 2009 stellte es der Instruktionsrichter der Vergabestelle wie auch den Beschwerdeführerinnen 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. Den Beschwerdeführerinnen erhielten ausserdem Gelegenheit, aufgrund des Aktenverzeichnisses ergänzende Anträge zur Akteneinsicht zu stellen. 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.

L.

Mit Eingabe vom 22. Juni 2009 halten die Beschwerdeführerinnen an den in der Beschwerde gestellten materiellen Anträgen fest. Sie beantragen in prozessualer Hinsicht den Antrag der Vergabestelle auf Entzug der superprovisorisch gewährten aufschiebenden Wirkung und auf Aufhebung der superprovisorisch verfügten vorsorglichen Massnahmen sowie deren Eventualantrag betreffend Festsetzung einer angemessenen Sicherheitsleistung abzuweisen. Die Anträge zur Akteneinsicht im Hauptverfahren werden aufrecht erhalten. Schliesslich verlangen die Beschwerdeführerinnen vor dem Entscheid über die

aufschiebende Wirkung Einsicht in ein nicht abgedecktes Aktenverzeichnis sowie die Dokumente Nr. 18, 20, 27, 28, 31, 32, 36, 40 und 41 gemäss dem Aktenverzeichnis. Die Beschwerdeführerinnen halten daran fest, dass ihnen nach Edition der verlangten Unterlagen und der Gewährung von Akteneinsicht unter Ansetzung einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Ergänzung der Beschwerde einzuräumen sei.

Zur Begründung der Akteneinsichtsbegehren führen die Beschwerdeführerinnen aus, dass mangels Akteneinsicht unklar bliebe, was Leistungsinhalt des EA 09 sei. Sie weist daraufhin, dass ein Widerspruch bestehe, wenn die Vergabestelle einerseits angebe, bezahlte Lizenzen seien weiterhin gültig und andererseits die Vertragssumme von 42 Millionen Franken mit einer Erhöhung der Standardarbeitsplatzzahl und Wartungsleistungen begründe. Betreffend die von der Vergabestelle in Zweifel gezogene Legitimation der Beschwerdeführerinnen verweisen diese auf die Möglichkeit, Arbeitsgemeinschaften zu bilden. In Bezug auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB machen sie geltend, die Vergabestelle nenne keine technischen Besonderheiten, die die freihändige Vergabe rechtfertigen würden.

M.

M.a Ebenfalls am 22. Juni 2009 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen ein. Darin betont die Vergabestelle, dass es in ihrem Ermessen stehe, ob sie Leistungen von Dritten beschaffen wolle bzw. Leistungen der Zuschlagsempfängerin durch Neues zu ersetzen. 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 Beschwerdeführerinnen hätten nicht den Nachweis erbracht, die zugeschlagene Leistung erbringen zu können, weswegen die freihändige Vergabe zulässig gewesen sei.

M.b 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".

M.c Am 23. Juni 2009 stellte der Instruktionsrichter fest, dass die Eingabe der Vergabestelle gemäss Ziffer 5 der Verfügung vom 17. Juni 2009 jedenfalls teilweise offen gelegt werden müsse, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich wegen teilweise möglichen Rückschlüssen auf die Preisstruktur der berücksichtigten Offerte die vollständige Abdeckung der genannten Dokumente rechtfertige. Zudem sei in diesem Zusammenhang auch das Aktenstück Nr. 36 "Microsoft Enterprise Agreement Bund 1.1.2009-31.12.2011" von Interesse, worauf sich die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen ausdrücklich bezögen. Der Vergabestelle wurde bis zum 26. Juni 2009 Gelegenheit gegeben, Vorschläge zu machen, in welcher Form (Abdeckungen, Umschreibungen) die Aufstellung gemäss Ziffer 5 der Verfügung vom 17. Juni 2009 und das Aktenstück Nr. 36 der Gegenseite zugänglich gemacht werden könnten. Mit derselben Verfügung wurde der Schriftenwechsel, soweit er Äusserungen mit Blick auf den Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. vorsorgliche Anordnungen zum Gegenstand hat, geschlossen.

N.

Mit Verfügung vom 24. Juni 2009 teilte der Instruktionsrichter den Parteien mit, dass gestützt auf die Untersuchungsmaxime im Rahmen des Zwischenentscheides elektronische Dokumente von der Website der Zuschlagsempfängerin, namentlich "Informationen zur Lösung / Supportvertrag für 2nd & 3rd Level Support", Übersicht "Software Assurance Services" und "Programmstufe Gold Certified Partner" zu den Akten genommen würden.

O.

O.a Am 25. Juni 2009 reichte die Vergabestelle eine neue, mit ungefähren Prozentangaben umschreibende Version ihrer Zusammenstellung ein zur Frage, welches Gewicht im Rahmen des freihändig vergebenen Auftrags den Lizenzgebühren, der Wartung und dem Third Level Support zukommt, ein, 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.

O.b 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 2009,

welcher mit Eingabe vom 29. Juni 2009 mit geringfügigen Änderungen akzeptiert wurde.

O.c Mit Schreiben vom 29. Juni 2009 ersuchte der Instruktionsrichter die Vergabestelle um Zustimmung zur Umschreibung des Inhalts des Dokuments Nr. 40 (IRB-Sitzungsprotokoll), welche mit Eingabe vom 30. Juni 2009 grösstenteils akzeptiert wurde.

O.d 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 oder mit Ergehen des Zwischenentscheides für abgeschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1). Aufgrund des Auftragswerts von 14 Millionen Franken pro Jahr ist unbestritten, dass es sich vorliegend um eine Vergabe im Anwendungsbereich des BoeB handelt. Dies umso mehr, als die entsprechenden Dienstleistungen ("services informatiques et services connexes") im Anhang I Annex 4 zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) ausdrücklich aufgeführt sind (vgl. zum Ganzen Entscheid des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] 2008/48, E. 2.3 mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BoeB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.2 Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2). Dies ist umso weniger anzunehmen, als die Beurteilung der aufschiebenden Wirkung in Dreierbesetzung keinen Rechtsnachteil für die Rechtsunterworfenen zur Folge hat (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.3 mit Hinweisen). Angesichts der in der Regel herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen, insbesondere im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BoeB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 874, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 131), wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: MARTIN BEYELER, *Baurecht* 2/2007, S. 86 ff.). Auch im vorliegenden Verfahren ist nach dem Gesagten der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch den Spruchkörper zu beurteilen.

2.

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Auch vorsorgliche Massnahmen können Gegenstand des Zwischenentscheides betreffend die aufschiebende Wirkung sein (vgl. dazu etwa die Zwischenverfügung im Verfahren B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008, E. 2). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde entsprechende Begehren.

2.1 Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu

berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3, 117 V 185 E. 2b mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Band II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (BVGE 2007/13 E. 2.1 mit Hinweisen, Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 1997-019 vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 62.79, E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37, E. 2c; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 418; MARTIN BEYELER, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Bau-recht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90, mit Hinweisen; BEAT DENZLER/HEINRICH HEMPEL, Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 313 ff., insbes. S. 317 ff.).

2.2 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzu-beziehen sind nach der ständigen Praxis der BRK, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwi-

schenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2.2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E.3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.

3.1 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; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2). Ist davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann, dringen die Beschwerdeführerinnen mit prozessualen Anträgen von vornherein nicht durch. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenentscheide B-93/2007 vom 8. Juni 2007, E. 4.9, und B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008, E. 2.2 i.V.m. E. 3.1).

3.2 Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen durch die angefochtene Ausschreibung aller Voraussicht nach nicht besonders berührt sind und demnach – ebenfalls aller Voraussicht nach (vgl. E. 3.1 hiervor) – kein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung haben, wie dies die Vergabestelle geltend macht (Frage nach der sog. materiellen Beschwer, Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG).

3.3 Als schutzwürdig gelten im Rahmen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche bzw. praktische Interessen (BVGE 2007/20 E. 2.4.1; vgl. zu aArt. 48 Bst. a VwVG BGE 131 II 587 E. 2.1). Indessen muss die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. zu Art. 103 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 [OG, BS 3 521] BGE 131 II 361 E. 1.2). Gefordert ist ein unmittelbares, eigenes und persönliches Interesse (Urteil des BVGer B-6113/2007 vom 5. März 2008 E. 3.4; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.65). Dabei ist umstritten, inwieweit 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: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Rz. 12 zu Art. 89 BGG; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.64). Allein auf öffentliche Interessen oder auf die Interessen Dritter können sich die Beschwerdeführerinnen aber jedenfalls nicht berufen (grundlegend BGE 109 Ia 252 E. 4c; vgl. zum Ganzen auch BVGE 2007/20, E. 2.4.1 mit Hinweisen, sowie das Urteil B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, zur Publikation vorgesehen, E. 3.1).

3.4 Wenden sich Interessenten gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen Verfahren und machen sie wie vorliegend geltend, es sei zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags verzichtet worden, so hängt ihre Beschwerdebefugnis davon ab, dass sie in der Lage sind, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft machen (Entscheid der BRK 2003-018 vom 4. Dezember 2003, E. 2c/bb; Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2001.00116 vom 9. November 2001, publiziert in: Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2001 Nr. 55, E. 2c; vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 868 mit Hinweisen, und MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004 [hiernach: Beyeler, Öffentliche Beschaffung], Rz. 672 mit Hinweisen). Die Vergabestelle führt dazu aus, mangels entsprechenden Angebots (von für Microsoftprodukte spezifischen Leistungen) kämen die Open Source-Anbieter als Zuschlagsempfängerinnen nicht in Frage (vgl. etwa Stellungnahme der Vergabe-

stelle vom 12. Juni 2009, S. 28). Bei offener Ausschreibung des Auftrags kommt die Beschwerdeberechtigung neben den durch die Ausschreibung angesprochenen (potenziellen) Anbieterinnen jenen Marktteilnehmern zu, die geltend machen, die Ausschreibung schliesse sie in unzulässiger Weise von der Beschaffung aus, etwa weil die Eignungskriterien diskriminierend festgesetzt seien (Urteil B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, zur Publikation vorgesehen, E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 125 I 203 E. 3a). Demnach genügt es wahrscheinlich auch im Rahmen der Anfechtung einer freihändigen Vergabe gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11), dass interessierte Anbieter – im vorliegenden Fall von Informatikprodukten und -dienstleistungen – geltend machen, die Vergabestelle sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass es an einer angemessenen Alternative zum Produkt fehle, auf dessen technische oder immaterialgüterrechtliche Besonderheit sich diese berufe. Richtig ist, dass selbst unter dieser Annahme fraglich erscheint, ob alle Beschwerdeführerinnen aufgrund der von ihnen angebotenen Leistungen für den Auftrag in Frage kämen und damit legitimiert wären. Immerhin anerkennt die Vergabestelle, dass die Beschwerdeführerin 10 (Red Hat Limited) in Bezug auf das Betriebssystem des Arbeitsplatzes als geeignete Anbieterin einer Open Source-Lösung in Frage käme, macht aber dazu geltend, damit vermöge sie nur einen Teil des Auftrags abzudecken (Eingabe vom 12. Juni 2009, S. 32). Da das Bundesverwaltungsgericht in vergleichbarem Zusammenhang, nämlich im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung, darauf hingewiesen hat, dass in Bezug auf die Legitimation die Möglichkeit der Bildung von Arbeitsgemeinschaften zu berücksichtigen sei (vgl. Urteil des BVGer B-1982/2008 vom 17. Juli 2008, E. 1.3.2.2), kann vorliegend prima facie entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht davon ausgegangen werden, dass die Legitimation sämtlicher Beschwerdeführerinnen aller Voraussicht nach zu verneinen ist, zumal das faktische Interesse der OSS-Anbieter an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung prima facie auch dann gegeben ist, wenn sich als Ergebnis des vorliegenden Verfahrens nur die Pflicht zur offenen Ausschreibung ohne Festlegung in Bezug auf die Frage der lizenzoffenen Ausschreibung ergeben sollte. Demnach erübrigen sich Erörterungen zur Frage, ob die Beschwerdeführerin 10 die streitgegenständlichen Leistungen auch eigenständig abdecken könnte, was sie mit Eingabe vom 22. Juni 2009 (S. 45 ff.) geltend macht.

4.

Gemäss SHAB Nr. 83 vom 1. Mai 2009 hat der Zuschlag vom 23. Februar 2009 "Verlängerung Lizenzen für standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und (Third Level) Support" zum Gegenstand. Der Zuschlag an Microsoft Ireland Operations Limited erfolgte gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB im freihändigen Verfahren. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die entsprechenden Leistungen hätten öffentlich ausgeschrieben werden müssen, als offensichtlich unbegründet erweist.

4.1 Im Anwendungsbereich des BoeB hat die Vergabebehörde die nachgefragten Leistungen grundsätzlich öffentlich auszuschreiben, während eine freihändige Vergabe nur unter den in Art. 13 Abs. 1 VoeB abschliessend aufgeführten Voraussetzungen zulässig ist (Entscheid der BRK 1999-005 vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in VPB 64.8, E. 1b/aa mit Hinweisen; vgl. auch GATT-Botschaft 2, S. 1189). Die Begründung für diese Erlaubnis zur freihändigen Vergabe in Art. XV ÜoeB bzw. Art. 13 Abs. 1 VoeB liegt in der Anerkennung der Tatsache, dass die Kosten der durch das Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung zu gewährleistenden Herstellung der Wettbewerbssituation und der Transparenz unter besonderen Umständen höher sein können als der Vorteil, der durch die offene Ausschreibung erreicht wird (SUE ARROWSMITH, Government Procurement in the WTO, The Hague/London/New York 2003, S. 281; vgl. auch CHRISTOPH MEYER, Freihändige Vergabe im Beschaffungsrecht, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2005, S. 716 ff., S. 717 f.). Der Konflikt zwischen den Zielsetzungen des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB) einerseits und der Stärkung des Wettbewerbs (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b BoeB) andererseits (siehe dazu generell MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 30) wird hier zugunsten der Wirtschaftlichkeit der Vergabe entschieden.

4.2 Die abschliessend aufgezählten Ausnahmetatbestände bilden mit anderen Worten einen numerus clausus, egal wie überzeugend andere mögliche Rechtfertigungen für freihändige Vergaben sein mögen ("no matter what the justification"; ARROWSMITH, a.a.O., S. 282). Da es sich um Ausnahmen handelt, sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, nach der Rechtsprechung restriktiv

auszulegen (Entscheid BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch Committee on Government Procurement, Norway – Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim [panel report adopted 13 May 1992, BISD 40S/319], para. 2.5; siehe auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 157; insoweit kritisch ARROWSMITH, a.a.O., S. 282 f.). Die Beweislast für das Vorliegen der geltend gemachten Voraussetzungen liegt bei der Vergabestelle (Entscheid BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41, E. 4b mit Hinweis; ARROWSMITH, a.a.O., S. 282). So hält etwa RECHSTEINER mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB fest, die Vergabebehörde müsse nachweisen, dass es keine angemessene Alternative oder keine Ersatzware gibt, welche ihren Beschaffungsbedarf decken kann (PETER RECHSTEINER, Ausschreibungspflicht: Grundsatz mit vielen Ausnahmen, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 36 ff., S. 40).

5.

5.1 Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB kann die Auftraggeberin den Auftrag unter anderem direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Dieser Ausnahmetatbestand beruht seinerseits auf Art. XV Ziff. 1 Bst. b ÜoeB (vgl. zum Ganzen Entscheid BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65 Nr. 41, E. 4b mit Hinweisen). Die genannten Voraussetzungen müssen, was sich schon aus dem Wortlaut ergibt, kumulativ erfüllt sein. Die zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen müssen tatsächlich nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können und zusätzlich darf keine angemessene Alternative oder Ersatzware zur Verfügung stehen (RECHSTEINER, a.a.O., S. 40). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann der bisherige Anbieter den Auftrag nicht für sich beanspruchen, auch wenn mit einer direkten Vergabe aufgrund seinerseits bereits erbrachter gleichartiger Leistungen gewisse Vorteile verbunden sind (vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 8. März 2001, veröffentlicht in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2001, S. 311 ff., E. II.1c/cc/ccc in fine S. 319).

5.2 Im vorliegenden Fall macht die Vergabestelle geltend, aus Gründen der Immaterialgüterrechte und des technischen Know-hows könn-

ten präventive und korrektive Wartungsleistungen nur seitens der Herstellerin bzw. der Rechtsinhaber erbracht werden. Die Zuschlagsempfängerin sei als Rechteinhaberin an den Source Codes die einzig mögliche Anbieterin dieser freihändig vergebenen Leistungen (vgl. etwa die Eingabe vom 12. Juni 2009, S. 7). In Bezug auf die Lizenzierung wird seitens der Vergabestelle festgehalten, einzelne Produkte könnten zwar auch einzeln über Microsoft-Wiederverkäufer bezogen werden. Ein sog. "Enterprise Agreement" sei jedoch nur direkt von der Zuschlagsempfängerin erhältlich. Eine Einzellizenzierung wäre wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen und würde den Bund mit Zusatzkosten in zweistelliger Millionenhöhe belasten (Eingabe vom 12. Juni 2009, S. 41). Mit diesen Aussagen geht die Vergabestelle richtigerweise von der Prämisse aus, dass die freihändige Vergabe möglicherweise bereits dann ausgeschlossen ist, wenn es Microsoft-Wiederverkäufern aus technischer und immaterialgüterrechtlicher Sicht möglich wäre, dieselbe Leistung ebenfalls zu erbringen. Diesfalls müsste nicht erörtert werden, ob in den Open Source Software-Produkten eine hinreichende Alternative zu Microsoft-Produkten zu sehen ist. Entsprechend hilft der Vergabestelle in Bezug auf diese Konstellation auch das Argument nicht, das vom Zuschlag betroffene Paket an Software könne aus technischen Gründen nicht von heute auf morgen durch eine andere, bei OSS-Anbietern verfügbare Produktpalette ersetzt werden (Eingabe der Vergabestelle vom 12. Juni 2009, S. 40).

5.3 Ein Teil der ausgeschriebenen Leistungen besteht in Third Level-Support. Es ist prima facie keinesfalls ausgeschlossen, dass derlei Leistungen von "Gold Certified" Partnern von Microsoft erbracht werden können (<http://www.microsoft.com/germany> > Leistungen & Lösungen > Lösungen von und für Microsoft Partner > Microsoft Partner Program > Programm im Überblick > Gold Certified Partners; direkter Link: <https://partner.microsoft.com/germany/program/programoverview/goldcertpartner>). Prima facie zumindest ebenso nachvollziehbar wie die Annahme, dass Third Level Support dem Hersteller oder Lizenzgeber vorbehalten ist, ist die Unterscheidung von Second Level-Support und Third Level-Support dahingehend, dass Second Level-Support durch IT-Allrounder (und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit durch das die Informatikumgebung nutzende Unternehmen hausintern) gewährleistet wird, während Third Level-Support eher den Rückgriff auf (mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit externe) Fachkräfte umschreibt, die auf bestimmte Produkte, z.B. von Microsoft, spezialisiert, aber nicht zwingend beim Hersteller bzw. Lizenzgeber beschäftigt sind.

So bietet etwa eine den Parteien bekannte "Gold Certified" Firma aus Deutschland auf der Microsoft-Homepage "3rd Level-Support" an. In Bezug auf die Lizenzen hält die Vergabestelle selbst fest, dass die Lizenzierung in der Form des Enterprise Agreement angesichts der Möglichkeiten des Lizenzerwerbs bei Wiederverkäufern nicht aus immaterialgüterrechtlicher, sondern aus kommerzieller Sicht die günstigste und damit aus ihrer Sicht einzig mögliche Variante darstelle. Dabei ist der Vergabestelle ohne Weiteres zuzugeben, dass sich die kommerziellen Vorteile aus der immaterialgüterrechtlichen Ausgangslage ergeben. Aber auch diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Microsoft Ireland Ltd. die einzig mögliche Anbieterin im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB ist. Die Vergabestelle behauptet auch in Bezug auf die Softwarepflege (Software Assurance), dass die Natur der Sache bzw. des Leistungsumfangs es erfordere, dass die Lieferantin (und nur die Lieferantin) die Softwarepflege erbringe (Eingabe vom 22. Juni 2009, S. 9). Aufgrund der Aussagen der Vergabestelle bzw. der eingereichten Akten wird prima facie nicht restlos klar, was die Softwarepflege alles umfasst. Indessen kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch hier Teilleistungen enthalten sind, die durch Partner von Microsoft ebenfalls, wenn auch vielleicht zu kommerziell weniger günstigen Bedingungen, erbracht werden können. So umfasst Software Assurance nach Angaben von Microsoft etwa das Training von internen Mitarbeitern des Kunden sowie Desktop Deployment Planning Services (<http://www.microsoft.com/germany> > Leistungen & Lösungen > Für Unternehmen & Organisationen > Lizenzierung > Software Assurances Services; direkter Link: <http://www.microsoft.com/germany/lizenzen/sa/services/default.mspx>), was einstweilen dafür spricht, dass die Microsoft Ireland Ltd. nicht die einzig mögliche Erbringerin der nachgefragten Leistung ist. Soweit sich die Behauptung der Vergabestelle, nur Microsoft könne die nachgefragten Teilleistungen "aus einer Hand" erbringen, nicht nur auf OSS-Anbieter, sondern auch auf Microsoft-Wiederverkäufer bzw. Goldpartner bezieht, fehlt dieser einerseits beweismässig das Tatsachenfundament. Zudem ist auch unter der Annahme, dass gewisse Teilleistungen nur durch die Zuschlagsempfängerin erbracht werden können, jedenfalls nicht offensichtlich, dass die Vergabestelle den ganzen Leistungsumfang gestützt auf kommerzielle und Effizienzgründe mit dem Argument des Service "aus einer Hand" freihändig vergeben könnte. Selbst wenn, wie die Vergabestelle ausführt, eine allgemeine Regel gelten würde, wonach die Auftraggeberin nicht gezwungen werden kann, eine Leistung in Lose aufzuteilen, stellt sich diese Frage im Zusammen-

hang mit Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB anders, weil hier mit dem Verzicht auf die Aufteilung zugleich der Ausschluss von Wettbewerb verbunden ist. Demnach kann die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle habe sich zu Unrecht auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB berufen, nicht als offensichtlich unbegründet bezeichnet werden.

6.

Aufgrund der Akten, namentlich des Dokuments Nr. 37 (Konzeptpapier zum EA 09) ergibt sich, dass die Vergabestelle die freihändige Vergabe nicht nur auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB stützt, sondern zumindest sinngemäss zugleich von einer Folgevergabe im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. f VoeB ausgeht. Für den Fall, dass es sich als zulässig erweist, einen zunächst nicht oder allenfalls sinngemäss angerufenen Ausnahmetatbestand später begründungsweise zu verwenden (vgl. dazu etwa die Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2001.00116 vom 9. November 2001, E. 4b, und VB.2005.00557 vom 13. September 2006, E. 5), erscheint es vorliegend angezeigt prima facie zu prüfen, ob sich die freihändige Vergabe so überzeugend auf Art. 13 Abs. 1 Bst. f VoeB stützen liesse, dass die Rüge der unzulässigen freihändigen Vergabe als offensichtlich unbegründet zu beurteilen wäre.

6.1 Nach Art. 13 Abs. 1 Bst. f VoeB ist eine freihändige Vergabe ausnahmsweise zulässig, wenn die Leistung zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden, weil nur dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist. Dabei gilt im Rahmen von Art. XV Ziff. 1 Bst. d ÜoeB als vereinbart, dass zu ergänzende "bestehende Anlagen" Software in dem Ausmass umfassen, als die Erstbeschaffung der Software diesem Übereinkommen unterlag (Fn. 8). In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob kein möglicher anderer Anbieter existieren darf bzw. ob es ausreicht, dass kein anderer Anbieter vernünftiger Weise ersichtlich ist oder ob sogar auch solche Anbieter mit einzubeziehen wären, bei denen die Austauschbarkeit der Leistung durch einen gewissen Anpassungsaufwand herbeigeführt werden könnte (vgl. hierzu MEYER, a.a.O., S. 723). Auf die Entscheidung dieser Streitfrage kann indessen einstweilen verzichtet werden, da allgemein als Voraussetzung der Anrufung dieses Ausnahmetatbestandes verlangt wird, dass die früher bezogenen Leistungen, zu welchen die Austauschbarkeit gewährleistet werden soll, in einem dem massgeblichen Auftragswert entsprechen-

den Verfahren vergeben wurden (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 9. November 2001, VB.2001.00116, E. 4d; ARROWSMITH, a.a.O., S. 291; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 208).

6.2 Vorliegend macht die Vergabestelle geltend, die Beschaffung der Hardware (PCs und Notebooks) samt vorinstalliertem Betriebssystem sei in einem vergaberechtskonformen Verfahren erfolgt. Zuletzt sei beispielsweise die Beschaffung der PCs und Notebooks für den Microsoft Vista-Rollout in der Bundesverwaltung öffentlich ausgeschrieben worden. In den technischen Spezifikationen seien explizit die Lieferung der Hardware mit dem vorinstallierten Betriebssystem "Microsoft Vista OEM" verlangt worden. Die Zuschläge seien an HP und Fujitsu Siemens (PC) bzw. Hewlett Packard und Dell (Notebooks) gegangen und unangefochten geblieben. Indessen erscheint fraglich, ob eine Hardwarebeschaffung als Erstbeschaffung für Softwarefolgebeschaffungen im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. f VoeB dienen kann. Dies wäre aber die einzige Möglichkeit der Vergabestelle, eine rechtskonforme Erstbeschaffung zu behaupten, denn es ist unbestritten, dass die vorliegend zur Lizenzverlängerung anstehende Softwarebeschaffung seit Inkrafttreten des ÜoeB bis zum angefochtenen Zuschlag nie ausgeschrieben, ja noch nicht einmal als freihändige Vergabe im SHAB publiziert worden ist (vgl. dazu Art. XVIII ÜoeB). Auch der Standardisierungsentscheid scheint prima facie nicht in einem Verfahren ergangen zu sein, das es – selbst wenn gestützt darauf die freihändige Vergabe möglich sein sollte – erlauben würde, die Argumente der Beschwerdeführerinnen hinreichend zu entkräften (vgl. dazu Dokument Nr. 37, Konzept mit dem Vermerk "Beschaffung von standardisierten Gütern"). Damit erscheint die Rüge der unzulässigen freihändigen Vergabe auch unter diesem Gesichtspunkt als nicht offensichtlich unbegründet.

6.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde im Hauptpunkt nur dann als offensichtlich unbegründet beurteilt werden könnte, wenn die freihändige Vergabe nicht nur aus technischen Gründen oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums, sondern explizit auch mit (hinreichend objektivierbarer) kommerzieller Begründung zulässig wäre. Ob und inwieweit Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB so zu verstehen ist, dass die Tatbestandsvariante "aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums" auch Situationen mitumfasst, in welchen sich aufgrund der immaterialgüterrechtlichen Ausgangslage eine kommerzielle Beurteilung ergibt, welche – soweit diese Annahme der Vergabestelle

geteilt werden kann – vernünftigerweise nur einen Zuschlagsempfänger und damit die freihändige Vergabe zulässt, ist prima facie eine offene Frage und im Rahmen des Hauptverfahrens zu beurteilen. Aufgrund des bisher Gesagten wird über die Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. um vorsorgliche Anordnungen im Rahmen einer Interessenabwägung zu entscheiden sein (vgl. E. 8 hier-nach), es sei denn der bereits erfolgte Vertragsabschluss stehe der Gewährung der aufschiebenden Wirkung entgegen (vgl. E. 7 hier-nach).

6.4 Nach dem Gesagten kann jedenfalls einstweilen offen bleiben, ob die Produkte der beschwerdeführenden Open Source-Anbieter eine angemessene Alternative zu den beschafften Microsoft-Produkten im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB darstellen. Ebenfalls nicht geprüft zu werden braucht, ob die Vergabestelle hinreichend dokumentiert hat, inwieweit es ihrer Auffassung nach in Bezug auf die verschiedenen Teilleistungen Unterschiede gibt bezüglich der Beurteilung der Frage nach angemessenen Alternativen. Auch Festlegungen in Bezug auf allfällige Vorgaben für die von den Beschwerdeführerinnen verlangte lizenzoffene Ausschreibung sprengen den Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheids. Richtig ist immerhin der Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf die Regel, dass eine Ausschreibung nicht unnötig detaillierte Vorgaben enthalten darf, so dass sich die Vergabestelle dem Verdacht aussetzen, die Vorgaben auf die Bedürfnisse des bisherigen Auftragnehmers auszurichten (vgl. dazu etwa den Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2005.00200, vom 25. Januar 2006, E. 5). Festzuhalten ist aber zugleich, dass in Bezug auf die vergaberechtliche Verpflichtung zur lizenzoffenen Ausschreibung, mit welcher alternativ OSS- oder Microsoft-Produkte nachgefragt werden, in der Lehre auch Zweifel geäußert worden sind. So wird etwa die Auffassung vertreten, eine lizenzoffene Ausschreibung führe wegen der fehlenden Vergleichbarkeit von OSS und proprietärer Software zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Wertung der Angebote. Die wirtschaftlichere Variante hänge von den Langzeit- und Folgekosten ab. Dem öffentlichen Auftraggeber müsse insoweit bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Lizenzmodells eine Einschätzungsprärogative zugestanden werden. Demnach bestehe keine Pflicht zur lizenzoffenen Gestaltung der Ausschreibung (vgl. nur ANNETTE DEMMEL/RUT HERTEN-KOCH, Vergaberechtliche Probleme bei der Beschaffung von Open-Source-Software, in: Neue Zeitschrift für Baurecht [NZBau] 2004, S. 187 ff., S. 189, allerdings argumentierend mit dem Ziel, eine reine

OSS-Ausschreibung unter Ausschaltung von Microsoft-Produkten als rechtskonform zu beschreiben). Ebenfalls nicht beurteilt zu werden braucht vorliegend die Frage, ob selbst für den Fall, dass die Ausschreibung von Microsoft-Produkten bzw. entsprechenden Dienstleistungen grundsätzlich zulässig sein sollte, nicht offene bzw. nicht proprietäre Schnittstellen verlangt werden müssten.

7.

Um die dem Richter mit Blick auf Art. 32 Abs. 2 BoeB zur Verfügung stehenden Optionen – soweit im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheides notwendig – zu klären, ist vorab zu prüfen, ob der am 5. März 2009 mit der Zuschlagsempfängerin geschlossene Vertrag das Gericht daran hindert, die angefochtene Verfügung aufzuheben.

7.1 Nach Art. 32 Abs. 2 BoeB stellt das Bundesverwaltungsgericht lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, wenn der Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin bereits abgeschlossen worden ist. Die BRK hat Art. 22 Abs. 1 BoeB, wonach der Vertrag mit der Anbieterin nach dem Zuschlag abgeschlossen werden darf, so ausgelegt, dass der Vertrag erst abgeschlossen werden darf, wenn feststeht, dass keine Beschwerde erhoben worden ist, oder eine Beschwerde erhoben wurde, für welche die aufschiebende Wirkung nicht beantragt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen worden ist (Zwischenentscheide BRK 1996-008 vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 61.24, E. 2, 1997-019 vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79, E. 2; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 875, im Ergebnis zustimmend PETER GAUCH, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (eine reprise), in: Baurecht 2003, S. 3 ff., S. 5; kritisch mit Blick auf die historische Auslegung RENATE SCHERRER-JOST, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Thomas Cottier/Remo Arpagaus [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 1999, Kap. 13, Rz. 67). Nach dieser Rechtsprechung setzt die Anwendung der Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 BoeB voraus, dass ein allenfalls entgegen Art. 22 Abs. 1 BoeB bereits geschlossener Vertrag als gültig erscheint. Ist aufgrund einer prima facie-Würdigung die Nichtigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen, so beschränkt Art. 32 Abs. 2 BoeB die Beschwerdeinstanz nicht in ihrer Befugnis, die aufschiebende Wirkung zu gewähren (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 877 mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung bezieht sich indessen auf die Anfechtung von Zuschlägen im offenen und im selektiven Verfahren.

Bisher nicht beurteilt und daher im Folgenden zu prüfen ist, was im Anwendungsbereich des BoeB in Bezug auf die Anfechtungen von Zuschlägen im freihändigen Verfahren gilt.

7.2 In der Lehre wird wie beim offenen und selektiven Verfahren davon ausgegangen, dass die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und anstelle des freihändigen ein offenes oder selektives Verfahren durchzuführen ist, wenn sich die freihändige Vergabe aufgrund fehlender Rechtsgrundlage gemäss Art. 13 VoeB als unzulässig erweist (BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 675). Dies vor dem Hintergrund, dass auch hier der "verfrühte" Vertragsschluss den Richter nicht vor vollendete Tatsachen stellen darf. In diesem Sinne gehen CARRON/FOURNIER davon aus, dass bei einer besonders dringlichen Vergabe gestützt auf Art. XV Abs. 1 Bst. c ÜoeB bzw. Art. 13 Abs. 1 Bst. d VoeB die Publikationspflicht und damit auch die Pflicht, eine allfällige Beschwerde eines Konkurrenten abzuwarten, entfallen (VINCENT CARRON/JACQUES FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, S. 86). Daraus liesse sich – ohne dass dies ausdrücklich festgehalten würde – der Schluss ziehen, dass in einem solchen Falle jedenfalls die nicht offensichtlich rechtsmissbräuchliche Anrufung von Art. 13 Abs. 1 Bst. d VoeB dazu führen müsste, dass die Rechtsfolgen von Art. 32 Abs. 2 BoeB eintreten, womit die Rechtsmittelinstanz nur noch die Rechtswidrigkeit der in Frage stehenden Vergabe feststellen könnte. E contrario gehen CARRON/FOURNIER für den Regelfall der freihändigen Vergabe davon aus, dass diese denselben Rechtsschutzmechanismen und damit der Verpflichtung der Vergabestelle, mit dem Vertragsschluss zuzuwarten, unterstehen wie die Zuschlagsverfügungen im offenen und im selektiven Verfahren (CARRON/FOURNIER, a.a.O., S. 86; vgl. auch BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 677, und JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Le "Combat" entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics, in: Peter Hänni [Hrsg.], Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 689 ff., insb. S. 695). Demnach wäre die Aufhebung einer Zuschlagsverfügung im freihändigen Verfahren durch die Rechtsmittelinstanz, also Primärrechtsschutz, ohne weiteres möglich (BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Rz. 674 und 677). FETZ führt zu den sogenannten de facto-Vergaben, welche ohne Publikation von Ausschreibung und Zuschlag erfolgen, ergänzend aus, hier dürfe die Vergabestelle den Vertrag zwar "verfrüht" abschliessen, könne aber zum Widerruf des Zuschlages gezwungen werden, sofern die Rückabwicklung des Vertrages sachgerecht sei (MARCO FETZ, Öffentliches Beschaf-

fungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Ausenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 576). Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offen bleiben. Klar ist jedenfalls auch bei dieser Konzeption, dass Art. 32 Abs. 2 BoeB nach FETZ einem derartigen Vorgehen nicht entgegensteht. Zusammenfassend darf als anerkannt gelten, dass die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages nicht ohne Rücksicht auf die vergaberechtliche "Vorordnung des Vertragsschlusses" beurteilt werden kann (vgl. dazu GAUCH, a.a.O., S. 6). Daraus wiederum ergibt sich, dass der Vergaberichter den Zuschlag auch im freihändigen Verfahren unter Umständen aufheben kann, selbst wenn der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bereits abgeschlossen worden ist. Soweit die kantonale Gerichtspraxis davon ausgeht, dass der Vergaberichter auf eine blosser Feststellung der Rechtswidrigkeit beschränkt ist (vgl. etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. März 2001, publiziert in: AGVE 2001, S. 311 ff., E. 2b S. 323), kann dies nur ausserhalb des Anwendungsbereichs des ÜoeB gelten (vgl. Art. XX Ziff. 2 und Ziff. 7 Bst. a ÜoeB; siehe. dazu auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 875 mit Fn. 1817).

7.3 Ob die zivilrechtliche Folge einer allfälligen Vergaberechtswidrigkeit des geschlossenen Vertrages die Nichtigkeit nach Art. 20 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) ist (Zwischenentscheid BRK 2001-014 vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37, E. 2a; vgl. zur Rechtsprechung der BRK insoweit kritisch GAUCH, a.a.O., S. 5), braucht im jetzigen Verfahrensstadium entgegen dem entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerinnen nicht im Einzelnen erörtert zu werden. Vielmehr erscheint nach dem in Erwägung 7.2 hiavor Gesagten im vorliegenden Zusammenhang die Frage, wie der Umstand, dass der verfrüht abgeschlossene Vertrag allenfalls keine oder nur teilweise Rechtswirksamkeit zu entfalten vermag, aus zivilrechtsdogmatischer Sicht zu begründen ist, nicht mehr von erstrangiger Bedeutung (MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et alii [Hrsg.], Festschrift für Alfred Bühler, Wege zum Recht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 419). Beim vorliegend zu beurteilenden Dauerschuldverhältnis wird sich insbesondere die Frage stellen, ob der Vertrag ex tunc oder ex nunc angegriffen werden soll. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, ob eine Rückabwicklung – soweit über-

haupt möglich – als sachgerecht erscheint (vgl. dazu mutatis mutandis in Bezug auf de facto-Vergaben FETZ, a.a.O., S. 576).

8.

8.1 Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst auf eine Besonderheit der zu beurteilenden Vergabe hinzuweisen. In aller Regel bilden einmalige Beschaffungen bzw. Aufträge Gegenstand von Submissionen. Es geht um die Erstellung eines Bauwerks, die Anschaffung konkreter Güter oder einen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung während eines begrenzten Zeitraums (Entscheid BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41, E. 3c/hh). Vorliegend deckt die öffentliche Hand ein Bedürfnis ab, welches in absehbarer Zeit weiterhin bestehen wird. Damit ist einerseits grundsätzlich die Gefahr von auf unbestimmte Zeit fortgesetzten Vertragsverhältnissen gegeben. Andererseits führt etwa eine freihändige Vergabe eines auf zehn Jahre geschlossenen Vertrages über IT-Support nicht in gleicher Weise zu vollendeten Tatsachen wie die Erstellung eines Bauwerks.

8.2 Im Rahmen der Rechtskontrolle der Vergabe von Aufträgen zur Deckung auf unbestimmte Zeit gegebenen Bedarfs kann einerseits der Zuschlag aus einer rein faktischen Sicht auch dann noch aufgehoben werden, wenn die vertraglich vereinbarten Leistungen bereits während einer gewissen Zeit in Anspruch genommen worden sind (vgl. zur rechtlichen Beurteilung dieser Frage E. 7 hiavor). In diesem Sinne hat das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-891/2009 die aufschiebende Wirkung erteilt mit der Begründung, die Beschwerdeführerin und bisherige Anbieterin sei ausdrücklich bereit und willens, die nachgefragten Kurierdienstleistungen während der Dauer des Verfahrens weiterhin zu erbringen (Zwischenentscheid B-891/2009 vom 23. März 2009, E. 4.1). Andererseits stellt sich die Frage, ob in solchen Fällen vorsorglich dieselben Anordnungen zu treffen sind wie im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags betreffend ein Bauwerk. Hier kann den Anliegen eines Beschwerdeführers – auch wenn es sich anders als im Fall B-891/2009 nicht um den bisher berücksichtigten Anbieter handelt – allenfalls auch ohne vollständige Unterbindung des Vertragsvollzugs Rechnung getreten werden.

8.3 Im vorliegenden Fall sind die Interessen der Beschwerdeführerinnen insbesondere auf die aus ihrer Sicht angezeigte strategische Neuorientierung im Bereich der Informatikbeschaffung des Bundes gerich-

tet. Diesen Interessen kann auch dann Nachachtung verschafft werden, wenn der Bund die nachgefragten Leistungen einstweilen bei Microsoft bezieht. Demnach fällt jedenfalls ein Verbot des Vertragsvollzugs, der – wie die Vergabestelle zu Recht hervorhebt – die Funktionsfähigkeit der Informatik des Bundes und somit gewichtige öffentliche Interessen erheblich gefährden würde, ausser Betracht. In diesem Sinne hat der Instruktionsrichter die Vergabestelle bereits superprovisorisch in Abweisung des anders lautenden Antrags der Beschwerdeführerinnen ermächtigt, Leistungen, die für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Informatik erforderlich sind, einstweilen weiterhin bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Diese Anordnung ist mit dem vorliegenden Entscheid jedenfalls zu bestätigen. Fraglich erscheint demgegenüber, ob dies auch für das mit Verfügung vom 27. Mai 2009 ausgesprochene Verbot des weitergehenden Bezuges von Leistungen gelten soll. Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vergabestelle in diesem Zusammenhang vor, sie habe die getroffene Anordnung durch eine grosszügige Auslegung des Begriffs "Funktionsfähigkeit" faktisch ignoriert. Deshalb sei die superprovisorische Anordnung dahingehend zu präzisieren, dass der Auftraggeberin namentlich zu verbieten sei, neue Produkte der Zuschlagsempfängerin (insbesondere Sharepoint) einzuführen. Dasselbe müsse für die Installation einer neuen Version eines bestehenden Produkts der Zuschlagsempfängerin (etwa die Migration von Windows XP auf Windows Vista) gelten. Soweit dies einen empfindlichen Eingriff in die Dispositionsfreiheit der Auftraggeberin bedeute, habe sich diese die entsprechende Einschränkung aufgrund ihres Verhaltens, welches zu einer gewissen Abhängigkeit von Microsoft führe, selbst zuzuschreiben.

8.4 Um einer Anordnung, wie sie die Beschwerdeführerinnen beantragen, die gewünschte Wirksamkeit zu verleihen, müsste die Beschränkung auf den Bezug von Leistungen, die zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit notwendig sind, theoretisch ab dem heutigen Tage bis zur allenfalls zu erzwingenden offenen Ausschreibung und darüber hinaus bis zur rechtskräftigen Erledigung des Streits, ob eine nicht lizenzoffene Ausschreibung vor dem Beschaffungsrecht des Bundes standhält, gelten. Eine solche Auflage wäre der Bundesverwaltung angesichts der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen indessen offensichtlich nicht zuzumuten. Aber auch eine entsprechende Anordnung "nur" für die Dauer des vorliegenden Verfahrens würde einerseits dem Interesse der Vergabestelle am Erhalt ihrer Dispositionsmöglichkeiten nicht hinreichend Rechnung tragen und ausserdem im Ergebnis auf

eine Prozessprognose mit Blick auf die Zulässigkeit einer nicht lizenz-offenen Ausschreibung hinauslaufen, also den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, also die Frage nach der Rechtspflicht zur Durchführung einer offenen Ausschreibung (Intrabrandausschreibung unter Anbietern von Microsoft-Produkten oder lizenzoffene Ausschreibung unter Berücksichtigung der Möglichkeit von OSS-Lösungen) sprengen. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass es im Ermessen der Vergabestelle stehen muss, inwieweit sie das Risiko eingehen will, neue Produkte wie Sharepoint einzuführen oder Migrationsprojekte in Angriff zu nehmen. Demnach ist auf eine Beschränkung des Bezuges von Leistungen der Zuschlagsempfängerin auf den Erhalt der Funktionsfähigkeit zu verzichten. Die entsprechende superprovisorische Anordnung vom 27. Mai 2009 fällt mit dem vorliegenden Entscheid dahin. Der Interessenlage der Beschwerdeführerinnen wird mit dem Vorbehalt der Aufhebung des Zuschlags mit dem Hauptentscheid trotz bereits geschlossenen Vertrages hinreichend Rechnung getragen.

9.

Den Beschwerdeführerinnen ist zunächst mit Verfügungen vom 15. und vom 17. Juni 2009 Einsicht in das Beilagenverzeichnis und eine teilweise abgedeckte Version des Aktenverzeichnisses gewährt worden. Mit Verfügung vom 15. Juni 2009 sind den Beschwerdeführerinnen ausserdem die Beschwerdebeilagen 9, 10, 14, 15 sowie 18-39 zugestellt worden. Die der Akteneinsicht auch nach Auffassung der Vergabestelle zugänglichen Akten (Dokumente 4, 6, 33, 42, 43, 44 und 46) sind den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 17. Juni 2009 übermittelt worden. Gestützt auf das Aktenverzeichnis in der ihr vorliegenden Form haben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 22. Juni 2009 Aktenstücke benannt, in welche sie vor bzw. mit dem vorliegenden Entscheid Einsicht zu nehmen wünschen. Hierbei handelt es sich um die Dokumente Nr. 18, 20, 27, 28, 31, 32, 36, 40 und 41. Da die Beschwerdeführerinnen zu Recht betonen, dass der Leistungsumfang der angefochtenen freihändigen Vergabe mit Blick auf den Zwischenentscheid noch der Konkretisierung bedürfe, ist der Vergabestelle mit Verfügung vom 23. Juni 2009 aufgetragen worden, einen Abdeckungsvorschlag in Bezug auf das Dokument Nr. 36 (Aktennotiz "Microsoft Enterprise Agreement Bund 1.1.2001-31.12.2001") sowie ihre Eingabe vom 22. Juni 2009 vorzulegen, mit welcher gemäss der Verfügung vom 17. Juni 2009 Ausführungen zur Frage gemacht werden, welches Gewicht im Rahmen des freihändig vergebenen Auftrags den Lizenzgebühren, der Wartung und dem Third Level Support zu-

kommt. Die genannten Dokumente sind nebst eines Abdeckungsvorschlags zum "Konzept Microsoft Volume Licensing Konzern (EA 09)" (Dokument Nr. 37) am 26. Juni 2009 eingegangen. Zur Wahrung der genauen Preisstruktur des geschlossenen Vertrages hat sich die Vergabestelle in Bezug auf die Anteile von Lizenzen, Wartung (Software Assurance) und Third Level Support auf ungefähre Prozentangaben beschränkt. Dies ist jedenfalls einstweilen nicht zu beanstanden, da die Grössenordnungen deutlich erkennbar sind. In Bezug auf die Dokumente Nr. 36 und Nr. 37 hat das Gericht der Vergabestelle einen eigenen Abdeckungsvorschlag unterbreitet, welchen diese mit Eingabe vom 29. Juni 2009 akzeptiert hat. Damit werden Art und Umfang der Leistungen, welche Gegenstand der freihändigen Vergabe bzw. des Vertrags sind, hinreichend deutlich. Da in den Dokumenten Nr. 31 (mit Hinweisen auf "Besondere Lizenzbedingungen für das BBL bei einem neuen EA im Dezember 2008/Januar 2009") und Nr. 32 (Ausdruck einer elektronischen Mitteilung vom 12. Dezember 2008 zum damaligen Verhandlungsstand mit der Zuschlagsempfängerin) vorbereitende Dokumente zu den Dokumenten Nr. 36 und Nr. 37 zu sehen sind, kann nach der teilweisen Offenlegung derselben die Akteneinsicht zumindest aufgeschoben werden. Das Dokument Nr. 18, eine vertrauliche, auch verwaltungsintern nur dem Informatikrat Bund zugängliche Informationsnotiz zur IRB-Sitzung vom 26. Februar 2007 betrifft nicht das Enterprise Agreement 2009, sondern das Enterprise Agreement 2007. Damit kann die Akteneinsicht auch insoweit zumindest aufgeschoben werden. Demnach braucht einstweilen auch nicht erörtert zu werden, ob und inwieweit das Dokument als verwaltungsintern von der Akteneinsicht auszunehmen ist. Dasselbe gilt auch für das Dokument Nr. 20, eine PowerPoint-Präsentation einer Person mit leitender Funktion im BBL vom 25. Juni 2007 zum EA 2007. Das Dokument Nr. 27 (Protokoll der 97. Sitzung des IRB) hat eine Standardänderung zum Gegenstand. Indessen entwickelt sich am Rande eine "Diskussion über grundsätzliche beschaffungsrechtliche Fragen und konkret im Zusammenhang mit dem Produkt MS Sharepoint" (a.a.O., S. 8). Insoweit erscheint fraglich, ob die Auffassung der Vergabestelle, wonach der Bezug zum Streitgegenstand fehlt, als zutreffend bezeichnet werden kann. Da aber auch hier nicht das EA 09 Gegenstand der Sitzung war, ist es vertretbar, die Akteneinsicht aufzuschieben, ohne dass geprüft werden müsste, ob ein verwaltungsinternes Aktenstück in Frage steht. Das Dokument Nr. 28 hat einen Beschluss des IRB betreffend Standardänderung vom 8. Dezember 2008 zum Gegenstand, der prima facie keinen Bezug zum EA 2009 aufweist. Allerdings wird die Ablö-

sung des EA 07 und das EA 09 teilweise mit Standardänderungen begründet. Auch insofern kann die Akteneinsicht aber jedenfalls aufgeschoben werden. Soweit die Vergabestelle den Bezug zwischen dem Dokument Nr. 40 (Protokoll der 100. Sitzung des IRB vom 30. März 2009) und dem Streitgegenstand verneint, kann diese Behauptung in Bezug auf das Traktandum "Umgang mit Rahmenverträgen für Software und Erneuerung Enterprise Agreement Microsoft" jedenfalls nicht aufrecht erhalten werden, soweit damit der inhaltliche Sachzusammenhang in Frage gestellt werden soll. Die Vergabestelle macht indessen mit Eingabe vom 30. Juni 2009 geltend, die Sitzung habe nach der Vergabe stattgefunden und der IRB sei für den Zuschlag ohnehin nicht zuständig, weshalb der Bezug zum Streitgegenstand zu verneinen sei. Es werden die Risiken der Publikation, einer allfälligen Beschwerde und mögliche Rechtfertigungen der freihändigen Vergabe erörtert. In diesem Rahmen wird ergänzend zum Dokument Nr. 43 ("Begründung für die freihändige Vergabe nach der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB) Art. 13 Abs. 1 Buchstabe c") auf die Informatiksicherheitsinteressen (Landesinteressen) als mögliche Begründung für eine freihändige Vergabe hingewiesen. Da das hier interessierende Thema der 100. Sitzung des IRB mit Ausnahme des soeben zusätzlich genannten Gesichtspunktes und Überlegungen de lege ferenda in die Begründung der freihändigen Vergabe gemäss dem Dokument Nr. 43 eingeflossen ist und dieses offen gelegt ist, rechtfertigt sich in Bezug auf das Dokument Nr. 40 jedenfalls der Aufschub der Akteneinsicht ohne Erörterung der Frage, ob das Sitzungsprotokoll wegen verwaltungsinterner Natur von der Einsicht auszunehmen ist. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Einsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen, soweit ihnen nicht bereits entsprochen worden ist, jedenfalls einstweilen abzuweisen sind. Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen sind die Beschwerdeführerinnen in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen, soweit sie durch diesen beschwert sind (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009, E. 9). Über die erweiterte Akteneinsicht im Hauptverfahren ist mit separater Verfügung zu befinden.

10.

Über die Festsetzung und Auferlegung der Kosten des vorliegenden Zwischenentscheids ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1

Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird dahingehend entsprochen, dass sich das Gericht vorbehält, den angefochtenen Zuschlag aufzuheben.

1.2

Das Begehren, es seien vorab Feststellungen zur Gültigkeit des mit der Zuschlagsempfängerin geschlossenen Vertrages zu treffen, wird abgewiesen.

1.3

Im Übrigen werden sämtliche Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. vorsorgliche Anordnungen abgewiesen, namentlich soweit sie Einschränkungen im Vertragsvollzug zum Gegenstand haben.

2.

2.1

Es wird festgestellt, dass den Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen teilweise entsprochen worden ist. Soweit weitergehend werden die Begehren einstweilen abgewiesen.

2.2

Betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren ergeht eine separate Verfügung.

3.

Über die Festsetzung und Verlegung der Kosten dieses Entscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SHAB Nr. 83; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post; vorab per Fax)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Miriam Sahlfeld

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: 2. Juli 2009