

13

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. Red Hat Ltd. et alii gegen Bundesamt für Bauten und Logistik
B-3402/2009 vom 6. Juli 2010

Öffentliches Beschaffungswesen. Legitimation zur Anfechtung einer freihändigen Vergabe von IT-Leistungen an Microsoft. Stellung eines potenziellen Anbieters als Voraussetzung für die Beschwerdebefugnis. Definition des relevanten Marktes durch den konkreten Beschaffungsgegenstand.

Art. 48 Abs. 1 VwVG. Art. 13 Abs. 1 VöB.

- 1. Im Rahmen der Anfechtung einer freihändigen Vergabe ist das Kriterium der formellen Beschwer nicht von Bedeutung (E. 3.1).**
- 2. Für die Beurteilung der Legitimation ist massgebend, ob die Beschwerdeführenden geltend machen, die nachgefragte Leistung für die Vergabestelle erbringen zu wollen (E. 3.2.5).**
- 3. Die Stellung als potentieller Anbieter ist – vergleichbar mit dem wettbewerbsrechtlichen Konzept zur Bestimmung des sachlich relevanten Marktes – zu bejahen, wenn auch die Leistung des Beschwerdeführers das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis zu befriedigen vermag (E. 3.2.6).**
- 4. Die Beschwerdeführerinnen sind nicht zu hören, soweit sie geltend machen, ein Anbieter sei zur Beschwerde legitimiert, wenn er vorbringt, der Vergabegegenstand sei in unzulässiger Weise so definiert worden, dass er von der Vergabe ausgeschlossen werde (E. 3.2.9).**
- 5. Handelt es sich vorliegend jedenfalls nicht in dem Sinne um ein Migrationsprojekt, dass ein komplett neues Informatiksystem eingeführt werden soll, so hätten die Beschwerdeführenden darlegen müssen, dass sie gewillt und in der Lage sind, auf der bestehenden Microsoft-Umgebung aufbauende Leistungen zu erbringen (E. 4.3). Daran ändert auch die Neuintegration der Software « Sharepoint » in das « Enterprise Agreement » nichts (E. 4.4).**
- 6. Die Beschaffungsbeschwerde kann nicht dazu dienen, einen Strategiewechsel bei der Bundesinformatik und eine komplette Migration zu Open-Source-Software zu erzwingen (E. 4.6).**

Marchés publics. Qualité pour contester une adjudication de gré à gré de services informatiques à Microsoft. Qualité de soumissionnaire potentiel en tant que condition de la qualité pour recourir. Définition du marché pertinent au regard de l'objet concret du marché.

Art. 48 al. 1 PA. Art. 13 al. 1 OMP.

1. Dans le cadre de la contestation d'une adjudication de gré à gré, le critère d'être formellement lésé est sans pertinence (consid. 3.1).
2. Est déterminant, pour juger de la qualité pour recourir, le point de savoir si les recourantes se déclarent prêtes à fournir au pouvoir adjudicateur la prestation qui est demandée (consid. 3.2.5).
3. La qualité de soumissionnaire potentiel doit être admise – à l'instar du concept développé en droit de la concurrence pour délimiter le marché objectivement pertinent –, si la prestation du recourant est à même de satisfaire le besoin qui est à l'origine du marché objet de l'adjudication (consid. 3.2.6).
4. Les recourantes ne peuvent être suivies lorsqu'elles font valoir qu'un soumissionnaire doit se voir reconnaître la qualité pour recourir, dès lors qu'il allègue que l'objet du marché a été défini illicitement, d'une manière telle que cela revient à l'exclure dudit marché (consid. 3.2.9).
5. Dès lors qu'il ne s'agit à l'évidence pas, en l'espèce, d'un projet de migration, dans le sens où un système informatique totalement nouveau doit être introduit, les recourantes auraient dû exposer qu'elles étaient disposées et en mesure de fournir des prestations fondées sur l'environnement Microsoft existant (consid. 4.3). La nouvelle intégration du Software « Sharepoint » dans « l'Entreprise Agreement » ne change également rien à la situation (consid. 4.4).
6. Le recours en matière de marchés publics ne peut pas avoir pour but de forcer un changement de la stratégie informatique de la Confédération et une migration complète vers l'Open Source-Software (consid. 4.6).

Appalti pubblici. Legittimazione ad impugnare un'aggiudicazione di servizi IT mediante trattativa privata a Microsoft. Qualità di potenziale offerente come condizione per il diritto a ricorrere. Definizione del mercato rilevante attraverso l'oggetto di aggiudicazione concreto.

Art. 48 cpv. 1 PA. Art. 13 cpv. 1 OAPub.

- 1. Nel quadro di un'impugnazione di un'aggiudicazione mediante trattativa privata il requisito di essere formalmente toccato non ha importanza (consid. 3.1).**
- 2. Per l'esame della legittimazione a ricorrere è determinante che la parte ricorrente dichiari la propria disponibilità a fornire all'autorità aggiudicatrice la prestazione richiesta (consid. 3.2.5).**
- 3. La posizione di potenziale offerente, analogamente al concetto sviluppato nel diritto della concorrenza per la delimitazione del mercato rilevante dal profilo materiale, è inoltre ammessa se la prestazione del ricorrente è in grado di soddisfare i bisogni all'origine della commessa (consid. 3.2.6).**
- 4. Non è possibile seguire il ragionamento delle ricorrenti quando fanno valere che a un offerente va riconosciuta la legittimazione a ricorrere nella misura in cui adduce che l'oggetto dell'aggiudicazione è stato definito in modo tanto illecito da escluderlo dalla gara (consid. 3.2.9).**
- 5. Nel caso di specie non si tratta in ogni caso di un progetto di migrazione nel senso che debba essere introdotto un sistema informatico completamente nuovo, cosicché le ricorrenti avrebbero dovuto esporre se fossero state disposte e in grado di fornire prestazioni basate sulla piattaforma Microsoft esistente (consid. 4.3). La nuova integrazione del software « Sharepoint » nell'« Enterprise Agreement » non cambia nulla alla situazione (consid. 4.4).**
- 6. Il ricorso in materia di appalti pubblici non può servire ad estorcere un cambiamento di strategia nel sistema informatico della Confederazione e una completa migrazione su software Open Source (consid. 4.6).**

Die Bundesverwaltung bezieht seit Anfang der 90er Jahre bei Microsoft Software sowie Hintergrunddienste der Büroautomation. Im Oktober 2001 schloss die Eidgenossenschaft erstmals mit dem Unternehmen Microsoft Ireland Operations Ltd. ein Enterprise Agreement (EA) ab, dessen Vertragslaufzeit in der Regel drei Jahre beträgt. Das EA wurde 2004 und 2007 verlängert. Weder der erste Zuschlag im Oktober 2001 noch die Verlängerungen in den Jahren 2004 und 2007 wurden öffentlich publiziert.

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, Wartung und Support. Der Zuschlag vom 23. Februar 2009 wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 83 vom 1. Mai 2009 publiziert. Zur Begründung des Zuschlags wird auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) verwiesen.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2009 erhoben 18 OSS-Anbieter (nachfolgend: Beschwerdeführende) Beschwerde. In der Hauptsache beantragen sie die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 23. Februar 2009. Zudem sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen.

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 höher stufigen 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. Der Auftrag weise keine technischen Besonderheiten im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB auf.

Am 12. Juni 2009 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführenden ein. Sie führt unter anderem aus, die Beschwerdeführenden seien zur Anfechtung des Zuschlages nicht legitimiert, weil keiner Lizenzrechte und Wartungsleistungen für Microsoft-Produkte, sondern allenfalls Teilleistungen anbieten könne. Die Substituierbarkeit sei aus Sicht der Nutzer nicht nachgewiesen, einige der genannten Alternativprodukte seien von

keinem der Beschwerdeführenden angeboten und ausserdem keine Referenzen für die genannten Produkte vorgelegt worden. Eine Untersuchung der Produktpalette und Unternehmensgrösse der beschwerdeführenden Unternehmen ergebe, dass sie die vergebenen Leistungen nicht in dem gewünschten Umfang anbieten könnten.

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.

Mit Schreiben vom 13. Juli 2009 beantragten die Parteien übereinstimmend, das Beschwerdeverfahren zu sistieren, was durch den Instruktionsrichter erstmals mit Zwischenverfügung vom 13. Juli 2009 angeordnet wurde. Am 30. November 2009 äusserten sich die Parteien übereinstimmend, dass bei dem zuletzt geführten Vergleichsgespräch keine Annäherung mehr stattgefunden habe.

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 die Abweisung dieses Antrags.

Gleichentags wurde unter anderem die Aufhebung der Sistierung verfügt und der Schriftenwechsel in der Hauptsache einstweilen auf die Eintretensfrage beschränkt.

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.

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

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

Die Vergabestelle beantragte mit Eingabe vom 12. Februar 2010 Nichteintreten auf die Beschwerde. Eventualiter sei den Beschwerdeführerinnen Frist anzusetzen zur Erklärung, in welcher Zusammensetzung sie die streitgegenständlichen Leistungen erbringen können und welche Beschwerdeführerinnen dabei welche Rolle übernehmen würden. In diesem Zusammenhang sei ein unabhängiger gerichtlicher Sachverständiger mit der Klärung der Frage zu beauftragen, ob die Beschwerdeführerinnen in der Lage seien, Leistungen zu erbringen, die einen gleichwertigen Ersatz darstellen zu den in der freihändigen Vergabe verlangten Leistungen und zu den im EA 09 genannten Produkten. Der Sachverständige habe auch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen innert nützlicher Frist eine Migration von 37'000 Arbeitsplätzen von den in Betrieb stehenden Produkten zu den von ihnen angesprochenen Produkten durchführen könnten. Schliesslich sei über die Frage der Legitimation der übriggebliebenen Beschwerdeführerinnen in einem selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zu entscheiden.

In der materiellen Beschwerdeergänzung vom 12. Februar 2010 rügen die Beschwerdeführenden insbesondere, dass die streitgegenständliche Freihandvergabe unzulässig gewesen sei, weil Alternativen zu den Produkten der Zuschlagsempfängerin bestünden und keine der in Art. 13 Abs. 1 VöB genannten Ausgangslagen gegeben sei. Ausserdem gebe es auch einen Intrabrand-Wettbewerb in dem Sinne, dass mehrere Microsoft-Wiederverkäufer in der Lage seien, die nachgefragten Leistungen anzubieten.

Mit Eingabe vom 23. Februar 2010 beantragte die Vergabestelle die Vornahme einer Legitimationsprüfung für jede der verbleibenden elf Beschwerdeführerinnen. Falls diese Frage nicht spruchreif sei, 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.

Am 23. Februar 2010 beantragten die Beschwerdeführenden, dass kein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid über ihre Legitimation gefällt werde und der gegenteilige Antrag der Vergabestelle abzuweisen sei. Eventualiter sei im Rahmen des selbständig anfechtbaren Zwischenentscheids über die Legitimation sämtlicher Beschwerdeführenden zu entscheiden.

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.

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

Das Bundesverwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

Das Bundesgericht weist eine dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 11. März 2011 ab.

Aus den Erwägungen:

3. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021).

3.1 Als Voraussetzung zur Legitimation nennt Art. 48 Abs. 1 VwVG an erster Stelle die formelle Beschwer, das heisst die Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz und das (jedenfalls teilweise) Unterliegen mit den eigenen Anträgen (vgl. VERA MARANTELLI-SONANI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 22; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELINE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 850). Im Beschaffungsrecht ergeben sich bei der Anfechtung 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. MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, 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: Auer/Müller/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 Beschwerde 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, a.a.O., 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 Beschwerde).

3.2.1 In der Rechtsprechung und in der Literatur wird die materielle Beschwerde 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 Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2003-018 vom 4. Dezember 2003 E. 2c/bb; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 868; BEYELER, a.a.O., 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 [OG, BS 3 531] entschieden wurde, der Anbieter einer Schwelbrennanlage sei kein potentieller

Anbieter, wenn eine Rostfeueranlage zur Kehrlichtbeseitigung Gegenstand der Beschaffung bilde; siehe dazu auch E. 3.2.8. f.). 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 Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [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 – aufgrund 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. MARANTELLI-SONANI/HUBER, 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: Niggli/Uebersax/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 OG zu berücksichtigen, sind diese Legitimationsbestimmungen doch identischen Inhalts

(ALAIN WURZBURGER, in: Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Girardin [Hrsg.], *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 (MARANTELLI-SONANI/HUBER, 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; MARANTELLI-SONANI/HUBER, 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 sogenannte Drittbeschwerdeführer contra Adressat. Während sich das Erfordernis des besonderen Berührtseins beim Adressaten einer Verfügung regelmässig ohne Weiteres aus der formellen Beschwer 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 (MARANTELLI-SONANI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 11; HÄNER, 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 Beschwer 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 sogenannten 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; HÄNER, 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 (MARANTELLI-SONANI/HUBER, 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.). 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, das heisst, 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).

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. Aufl., Bern 2005, Rz. 538). Die Substituierbarkeit richtet sich nach dem Bedarf der Marktgegenseite (sog. Bedarfsmarktkonzept; MANI REINER/BENJAMIN BLOCH, in: Amstutz/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

(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 REINER/BLOCH, 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 des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. Januar 1996 (SR 0.632.231.422),

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, a.a.O., 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 (...), 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 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 bzw. 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 BVGE 2009/17, mit welchem die Beschaffung von Hörgeräten für die Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie die Invalidenversicherung 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. OG 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: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 62 N. 38; MADELEINE CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 62 N. 15; a.M. 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. Intra-Brand-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 offensteht (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 Populärbeschwerde 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. Projekttitel 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 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 » (...), machen die Beschwerdeführenden geltend, es handle sich in erster Linie um sogenannte 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 (...).

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 (...), 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 hiervor 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. THOMAS 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 offenbleiben, 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 (...), 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 (MARANTELLI-SONANI/HUBER, 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.

Offengelassen 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 (...). Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass, wie unter E. 3.2.9 hiavor dargelegt wurde, die blossе 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 (...) ist es auch unerheblich, ob ein Gut buchhalterisch bereits vollständig abgeschrieben wurde. Es entspricht, wie die Vergabestelle zutreffend ausführt (...), 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 Vorschieben 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.