



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
stm/bum

27. Mai 2009

Beschwerdesache

Parteien

1. A. _____ GmbH,
 2. B. _____ AG,
 3. C. _____ GmbH,
 4. D. _____ GmbH,
 5. E. _____ GmbH,
 6. F. _____ AG,
 7. G. _____ AG,
 8. H. _____ AG,
 9. I. _____ GmbH,
 10. Red Hat Limited, 4200 Cork Airport Business Park,
Kinsale Road, IE-Cork,
 11. K. _____ GmbH,
 12. L. _____,
 13. M. _____ GmbH,
 14. N. _____ GmbH,
 15. O. _____ GmbH,
 16. P. _____ GmbH,
 17. Q. _____,
 18. R. _____ GmbH,
- alle vertreten durch lic. iur. Matthias Hauser, Rechtsanwalt,
Lindtlaw Anwaltskanzlei, Obstgartenstrasse 7, Postfach,
8042 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

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

Der Instruktionsrichter stellt fest und zieht in Erwägung:

dass die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 20. Mai 2009 (Posteingang: 27. Mai 2009) Beschwerde gegen den im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 83 vom 1. Mai 2009 publizierten Zuschlag an die Microsoft Ireland Operations Limited (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) in der Vergabesache "Verlängerung Lizenzen für standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und (Third Level) Support" erheben,

dass die Beschwerdeführerinnen unter anderem beantragen, der Beschwerde vom 20. Mai 2009 sei zunächst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle zu verbieten, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen,

dass die Beschwerdeführerinnen für den Fall, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin schon abgeschlossen wurde, beantragen, es seien der Vergabestelle während der Dauer des Beschwerdeverfahrens (unter Feststellung der Nichtigkeit, subeventuell der Unverbindlichkeit des Vertrages) jegliche Vertragsvollzugshandlungen zu verbieten,

dass die Vergabestelle am 15. Mai 2009 eine als Schutzschrift bezeichnete Eingabe beim Bundesverwaltungsgericht hinterlegt hat,

dass das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) das Institut der Schutzschrift nicht kennt, die von der Vergabestelle eingegangene Rechtsschrift aber gestützt auf Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 12 VwVG zu den Akten zu nehmen und zu berücksichtigen ist,

dass die Vergabestelle beantragt, ein allfälliges Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung sei abzuweisen und es seien keine Massnahmen anzuordnen, die es der Bundesverwaltung während der Dauer des Beschwerdeverfahrens verunmöglichen, Produkte der Zuschlagsempfängerin gemäss Enterprise Agreement vom 5. März 2009 zu nutzen,

dass die Vergabestelle ausführt, sie habe nach Zuschlagserteilung vom 23. Februar 2009 den Vertrag (Enterprise Agreement 2009) am

5. März 2009 mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen und damit den noch bis Ende 2009 laufenden Lizenz-, Wartungs- und Supportvertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgelöst,

dass der möglicherweise vorzeitige Vertragsschluss nicht dazu führen darf, dass dem Vergaberichter die Aufhebung des Zuschlages mit der Folge einer Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren unmöglich gemacht wird, was prima facie zugleich bedeutet, dass sich die Vergabestelle vorliegend nicht auf Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) berufen kann,

dass demnach der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung jedenfalls dahingehend zu gewähren ist, dass sich das Gericht die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und damit des Zuschlags vorbehält,

dass die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerinnen demgegenüber insoweit abzuweisen sind, als sie es der Vergabestelle verunmöglichen würden, zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der in Frage stehenden Computerarbeitsplätze weiterhin bei der Zuschlagsempfängerin Leistungen zu beziehen,

dass die Vergabestelle subeventualiter beantragt, es sei der Erlass einer superprovisorischen Verfügung von der Leistung einer von Amtes wegen festzusetzenden, angemessenen Sicherheit abhängig zu machen,

dass die Vergabestelle den Antrag auf Leistung einer angemessenen Sicherheit damit begründet, dass durch eine vorsorgliche Anordnung ein kaum abschätzbarer Schaden entstünde, zu dessen Deckung die Beschwerdeführerinnen eine angemessene Sicherheit zu leisten hätten,

dass indessen eine gesetzliche Grundlage für eine Sicherheitsleistung mit Blick auf die Haftung der Beschwerdeführerinnen für der Vergabestelle entstandene Schäden prima facie fehlt (Urteilsanmerkung Hubert Stöckli zum Entscheid S7, in: Baurecht 2/2002, S. 73).

Demnach wird verfügt:

1.

1.1.

Zustellung der Eingabe der Vergabestelle vom 15. Mai 2009 (inkl. Beilagen) an die Beschwerdeführerinnen.

1.2.

Zustellung der Beschwerde (inkl. Beilagen) an die Vergabestelle.

1.3.

Zustellung der Beschwerde (inkl. Beilagenverzeichnis) an die Zuschlagsempfängerin.

2.

Der Beschwerde vom 20. Mai 2009 wird die aufschiebende Wirkung superprovisorisch insoweit erteilt, als sich das Gericht einstweilen vorbehält, die angefochtene Verfügung und damit den Zuschlag aufzuheben.

3.

In Abweisung des anders lautenden Antrags der Beschwerdeführerinnen wird die Vergabestelle ermächtigt, Leistungen, die für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Informatik erforderlich sind, einstweilen weiterhin bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Der weitergehende Bezug von Leistungen wird ihr demgegenüber einstweilen untersagt.

4.

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

5.

Die Vergabestelle wird ersucht, bis zum 10. Juni 2009, vorab per Fax, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen, namentlich zum Begehren, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen.

6.

Die Vergabestelle wird ersucht, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 10. Juni 2009 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren (inkl. abgelöstes Enterprise Agreement und Enterprise

Agreement 2009) einzureichen, namentlich unter Berücksichtigung derjenigen Dokumente, welche der Definition der strategischen Vorgaben in Bezug auf den "standardisierten Arbeitsplatz Bund" gedient haben (inkl. Protokolle und Beschlüsse der zuständigen Organe, im Speziellen des Informatikrats des Bundes) sowie derjenigen Dokumente, gestützt auf welche die Voraussetzungen der freihändige Vergabe bzw. der Anwendung von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB bejaht worden sind. Sie hat dabei die ihrer Auffassung nach von der Akteneinsicht auszunehmenden und/oder als verwaltungsintern qualifizierten Aktenstücke genau zu bezeichnen.

7.

Den Beschwerdeführerinnen steht es frei, sich ebenfalls bis zum 10. Juni 2009 zur Eingabe der Vergabestelle vom 15. Mai 2009 zu äussern.

8.

Die Beschwerdeführerinnen haben einen Kostenvorschuss von Fr. 15'000.- einzuzahlen. Dieser Betrag ist bis zum 10. Juni 2009 zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Wird der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist bezahlt, so wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

9.

Der Zuschlagsempfängerin steht es frei, Akteneinsichtsansträge zu stellen und bis zum 10. Juni 2009, vorab per Fax, ebenfalls zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen. Sie hat diesfalls nach Art. 11b VwVG ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen und sich im Rahmen der Korrespondenz mit dem Gericht einer Amtssprache zu bedienen. Sofern in diesem Verfahren formelle Anträge gestellt werden, wird die Zuschlagsempfängerin als eigentliche Gegenpartei behandelt, insbesondere in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko.

10.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Einschreiben, vorab per Fax; Beilagen: Einzahlungsschein sowie Beilage gemäss Ziffer 1.1)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SHAB Nr. 83; Rechtsvertreter; Einschreiben, vorab per Fax; Beilage gemäss Ziffer 1.2)
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben, vorab per Fax; Beilage gemäss Ziffer 1.3)

Der Instruktionsrichter:

Marc Steiner