

# **BVGer B-6972/2023 vom 23. Juli 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-07-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6972\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6972_2023)

FR: TAF B-6972/2023 du 23 juillet 2024

IT: TAF B-6972/2023 del 23 luglio 2024

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Das BöB findet Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Art. 1 BöB). Verfügungen (Art. 53 BöB, vgl. E. 1.3) dieser Auftraggeberinnen (Art. 4 BöB, vgl. E. 1.4) können gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wenn sie - wie vorliegend - Dienstleistungen betreffen, deren Wert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert erreichen (Anhang 4 Ziff. 1.1 BöB, vgl. E. 1.5 ff.), und der betreffende Auftrag nicht unter eine der Ausnahmen gemäss Art. 10 BöB fällt oder eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB darstellt (Art. 52 Abs. 5 BöB, vgl. E. 1.8; Urteil des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1 «Gare de Gruyères / travaux de génie civil»).

### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist ausschliesslich zuständig für Beschwerden gegen die in Art. 53 Abs. 1 BöB aufgelisteten Verfügungen, insbesondere gegen den Zuschlag (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die SIMAP-Zuschlagsverfügung vom 23. November 2023 angefochten, weshalb diese Voraussetzung erfüllt ist.

### **E. 1.4**

Die Vergabestelle untersteht als Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB i. V. m. Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010]), Anhang 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]). Sie wird auch in Anhang I Annex 1 des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]) explizit als Vergabestelle i. S. v. Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB genannt.

### **E. 1.5**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die im Freihandverfahren vergebene Dienstleistung dem Staatsvertragsbereich untersteht, was nur dann zutrifft, wenn sie in Anhang 3 Ziff. 1 BöB bzw. in der Positivliste in Anhang I Annex 4 des GPA 2012 aufgelistet ist (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB). Hierfür massgebend ist die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten provisorischen zentralen Warenklassifikation (Classification centrale des produits/Central Product Classification, CPC [prov]; Urteil B-4157/2021 E. 1.1.3 «Gare de Gruyères / travaux de génie civil» m.w.H.).

### **E. 1.6**

Die Vergabestelle hat die vorliegende Freihandvergabe unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer 72000000 «IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung» eingeordnet (SIMAP-Zuschlagsverfügung vom 23. November 2023, Ziff. 2.3). Diese CPV-Referenznummer entspricht der prov. CPC-Referenznummer 84000 (vgl. Anhang II der Verordnung [EG] Nr. 213/2008 der Kommission vom 28. November 2007 zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge [CPV] und der Vergaberichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG im Hinblick auf die Überarbeitung des Vokabulars). Damit ist die zugeschlagene Dienstleistung dem Staatsvertragsbereich unterstellt (vgl. Anhang 3 Ziff. 1 Nr. 13 BöB, «Datenverarbeitung und verbundene Dienstleistungen,» prov. CPC-Referenznummer 84; Urteil des BVGer 3580/2021 vom 9. Mai 2022 E. 1.2.4 «Identity and Access Management (IAM)»), wenn sie den Schwellenwert gemäss Anhang 4 Ziff. 1 BöB erreicht (Art. 8 Abs. 4 BöB).

### **E. 1.7**

Vorliegend wurde der Zuschlag zum Preis von Fr. 3'004'026.57 (plus Option im Wert von Fr. 100'000.00) erteilt. Damit ist der für im freihändigen Verfahren vergebene Dienstleistungen geltende Schwellenwert im Staatsvertragsbereich ohne Weiteres überschritten (Art. 52 Abs. 1 Bst. a i. V. m. Art. 8 Abs. 4 BöB i. V. m. Anhang 4 BöB).

### **E. 1.8**

Eine Ausnahme vom Geltungsbereich im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich beim vorliegenden Auftrag nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB, bei welchen kein Rechtsschutz besteht (Art. 52 Abs. 5 BöB).

### **E. 1.9**

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdelegitimation ist grundsätzlich auch im Beschaffungsrecht nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i. V. m. Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 «Monte Ceneri»). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt Art. 56 Abs. 4 BöB dar. Gemäss dieser Bestimmung kann gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass sie oder er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und will.

Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden.

## **E. 2.2**

Beruft sich die Vergabestelle für die Zulässigkeit des Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand nur eine Anbieterin in Frage komme, und macht die Beschwerdeführerin dagegen geltend, der Beschaffungsgegenstand sei zu Unrecht so definiert worden, so stellt Art. 56 Abs. 4 des revidierten BÖB nun unzweideutig klar, dass nicht nur beschwerdelegitimiert ist, wer geltend macht, genau diese Leistung erbringen zu können, sondern auch, wer nachweist, dass es eine damit substituierbare Leistung gibt, die sie oder er erbringen könnte. Ob die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand zulässigerweise so eng festgelegt hat, dass nur eine Anbieterin in Frage kommt, oder ob es eine damit substituierbare Leistung gäbe, wird damit zu einem sogenannten doppelrelevanten Sachverhalt: Diese Frage bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt). Zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 «Monte Ceneri,» BGE 137 II 313 E. 3.3.2 f. «Microsoft;» Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 1.5.2 f. «Warnblitzleuchte Eflare»). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte genügt es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen, wenn die Beschwerdeführerin glaubhaft macht («mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht,» «rendre vraisemblable»), dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (BGE 141 II 14 E. 5.1 «Monte Ceneri,» m. w. H.; Urteil B-3580/2021 E. 1.5.1; Florian C. Roth, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 56 N 33). Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe liegt sowohl im Stadium der Legitimationsprüfung als auch bei der materiellen Prüfung bei der Vergabestelle. Die Beschwerdeführerin kann sich darauf beschränken, glaubhaft zu behaupten, eine potenzielle Anbieterin der zugeschlagenen oder einer substituierbaren Leistung zu sein, um die freihändige Vergabe anzufechten (Urteile 2C\_50/2022 E. 5.9 f.; B-3580/2021 E. 1.6.1 und 2.1 «Identity and Access Management (IAM),» je m.w.H.).

## **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihre Aussichten, nach Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, seien mehr als intakt. Sie betreibe zurzeit die SAP-Landschaft der Vergabestelle. Sie sei Subunternehmerin der NOVO, welche am 24. April 2018 den Zuschlag für das Projekt «SAP Migration, Betrieb und Beratung» für sämtliche vier Forschungsanstalten des ETH-Bereichs erhalten habe und für den Betrieb des eigenen SAP auf die Beschwerdeführerin zurückgreife. Die Beschwerdeführerin vertritt mit Verweis auf Ziff. 2.1 der SIMAP-Zuschlagsverfügung vom 23. November 2023 die Auffassung, der Beschaffungsgegenstand umfasse die Übernahme des Betriebs der SAP-Systemlandschaft der Vergabestelle (umfassend ERP-System, Solution Manager, Process Orchestration und Enable Now) von der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin. Diese Systemlandschaft solle «identisch» als On-Premises-System in die Betriebsumgebung der Beschwerdegegnerin integriert und von dieser weiterbetrieben werden. Hierbei sollen nach Auffassung der Beschwerdeführerin nur «Teile,» d.h. nicht etwa die gesamte SAP-Systemlandschaft der Vergabestelle, dereinst in «äquivalente Cloud-Technologien» überführt werden. Von einem SaaS-System sei weder in

der Publikation noch in der schriftlichen Begründung des Freihandzuschlags die Rede. In Bezug auf das Zentrale ERP finde eine Migration (technischer Umzug) der aktuellen ERP S/4HANA Systemlandschaft, die aktuell von der Beschwerdeführerin betrieben werde, zu SAP bzw. Microsoft als deren Plattformbetreiberin statt. Was den Betrieb des ERP, der von SAP «identisch» als On-Premises-System erfolgen soll, betreffe, so sei die Beschwerdeführerin als bisherige Anbieterin ohne Weiteres in der Lage, diese Leistung bis ins Jahr 2040 (angekündigtes Wartungsende des zentralen ERP als On-Premises-Lösung) anstelle der Beschwerdegegnerin auch weiterhin zu erbringen.

#### **E. 2.4**

Nach Auffassung der Vergabestelle misslingt der Beschwerdeführerin der Nachweis gemäss Art. 56 Abs. 4 BöB, dass sie zur Beschwerde legitimiert ist. Denn diese sei nicht in der Lage, den Beschaffungsgegenstand anzubieten. Die Vergabestelle müsse aufgrund der Notwendigkeit des Wechsels des SAP Solution Managers und der SAP PO auf die cloudbasierten Nachfolgeprodukte SAP Cloud ALM sowie SAP Cloud Platform Integration Suite (CPIS) ihre bestehende und fortzuführende SAP-Landschaft ändern und auf das SaaS-System wechseln. Da die bisher bestehenden Verträge bald ausliefen, sei ohnehin eine Neubeschaffung notwendig. Die Vergabestelle habe sich deshalb entschlossen, das ganze SAP-System in Zukunft ausschliesslich als SaaS-System zu betreiben, um alles aus einer Hand zu beziehen. Nur die Beschwerdegegnerin biete das SaaS-Modell an. Die Beschwerdeführerin könne es nicht anbieten.

#### **E. 2.5**

Wie bereits dargestellt, besteht die derzeitige SAP-Landschaft der Vergabestelle aus den folgenden Komponenten: dem ERP-Systeme SAP S/4HANA, Solution Manager, SAP PO sowie SAP Enable Now. Die SAP-Systemlandschaft wird zurzeit noch durch die Zuschlagsempfängerin der Vergabe im Jahr 2018, der NOVO, sowie der Beschwerdeführerin als deren Subunternehmerin On-Premises gehostet und betrieben. Die Beschwerdeführerin ist zuständig für das Hosting und den Basisbetrieb (Vernehmlassung, Rz. 32). Die Beschwerdeführerin hat ihr Hosting des bestehenden On-Premises-Modells der Vergabestelle in die Cloud von green.ch ausgelagert (Beschwerde, Rz. 32, Vernehmlassung, Rz. 56, 67, 71, 83, 86). Die Beschwerdeführerin betreibt die SAP-Landschaft gestützt auf Standardlizenzen, welche sie direkt bei der Beschwerdegegnerin beschafft (Beschwerde, Rz. 34; Replik, Rz. 75). Die Verträge der Vergabestelle für die bestehenden SAP-Systeme laufen am 31. Dezember 2025 aus.

#### **E. 2.6**

Die Vergabestelle vergab vorliegend gemäss Ziff. 2.1 der SIMAP-Zuschlagsverfügung vom 23. November 2023 den «Basisbetrieb der PSI SAP Landschaft» an die Beschwerdegegnerin. «Gegenstand und Umfang des Auftrags» bilden dabei «Leistungen zur Übernahme und Betrieb von Basistätigkeiten im Rahmen der PSI SAP-Landschaft, umfassend ERP-Systeme, Solution Manager, Prozess Orchestration und Enable Now. Teile dieser Systemlandschaft werden in [ä]quivalente Cloudtechnologien transformiert.»

#### **E. 2.7**

Ziff. 1.1. der von der Vergabestelle eingereichten Begründung vom 6./8. Dezember 2023 (Beilage 2 zur Vernehmlassung) definiert den Beschaffungsgegenstand wie folgt: «Die bestehende SAP S/4HANA-Systemlandschaft soll identisch als on Premise-Systeme in die Betriebsumgebung zu SAP migriert und dort weiter betrieben werden. Die Plattform SAP

Solution Managers soll in die Cloudtechnologie SAP ALM überführt [...] werden. Die Plattform SAP PO soll in die Cloudtechnologie SAP Integration Suite [...] überführt und die bestehenden Schnittstellen migriert werden. Die Plattform SAP Enable Now soll in die Cloudtechnologie SAP Enable Now überführt und bestehende Inhalte migriert werden. (...))»

### **E. 2.8**

Daraus geht hervor, dass die Plattformen SAP Solution Manager sowie SAP PO in die jeweiligen cloudbasierten Nachfolgeprodukte SAP ALM bzw. SAP Cloud Platform Integration Suite (CPIS) überführt werden sollen. Auch SAP Enable Now soll in die äquivalente Cloudtechnologie überführt werden. Diese Produkte sollen in der Public Cloud von SAP betrieben werden (vgl. Beilage 8 zur Vernehmlassung [Zukunft SAP Basis Betrieb], S. 5). Lediglich «[d]ie bestehende SAP S/4HANA-Systemlandschaft soll identisch als on Premise-Systeme in die Betriebsumgebung zu SAP migriert und dort weiter betrieben werden.» Aus den Erläuterungen der Vergabestelle in der Duplik (Rz. 24) sowie den eingereichten Akten (Beilage 6 zur Vernehmlassung [PSI\_RISE Angebot Vorstellung 20230810]; vgl. auch Beilage 5 zur Vernehmlassung [RISE with SAP for PSI - LI Presentation v1], S. 2; S. 42) geht hervor, dass in Zukunft die cloudbasierte Version «SAP S/4HANA Cloud, Private Edition» die derzeitige On-Premises-Version des ERP ersetzen soll. Nach den Ausführungen der Vergabestelle in Rz. 24 ihrer Duplik soll somit eine Migration des ERP-Systems in die Private Cloud erfolgen. Technisch könne dies auch als eine Private Cloud mit einer On-Premises-Lösung dahinter beschrieben werden, das System laufe aber in der Betriebsumgebung des SaaS. Gemäss Rz. 43 der Vernehmlassung werden die Basisdienstleistungen von der SAP selber bereitgestellt. Das Hosting erfolgt im Auftrag der Beschwerdegegnerin durch Microsoft, die in ihrem Rechenzentrum die Server hostet und bereitstellt.

### **E. 2.9**

Anders als die Beschwerdeführerin wiederholt behauptet, handelt es sich bei der zugeschlagenen Dienstleistung somit nicht um die Migration und den Weiterbetrieb der «identischen» SAP-Systemlandschaft als On-Premises-System in der Betriebsumgebung der Beschwerdegegnerin. Vielmehr soll die bestehende SAP-Systemlandschaft der Vergabestelle in die Betriebsumgebung der Beschwerdegegnerin migriert werden, in welcher diese sie dann gesamthaft als SaaS-Lösung betreiben soll. Hierbei sollen die Plattformen SAP Solution Manager sowie SAP PO durch die jeweiligen Public Cloud-basierten Nachfolgeprodukte SAP ALM und SAP Cloud Platform Integration Suite (CPIS) ersetzt, das zentrale ERP SAP S/4HANA in die Private Cloud migriert und die Plattform SAP Enable Now in die entsprechenden Public Cloudtechnologien überführt werden.

### **E. 2.10**

Die Beschwerdeführerin ist unbestrittenermassen und aktenkundig noch bis Ende 2025 als Subunternehmerin der Zuschlagsempfängerin der Vergabe im Jahr 2018 zuständig für das Hosting und den Basisbetrieb der aktuellen SAP-Systemlandschaft der Vergabestelle. Die Vergabestelle räumt in ihrer Duplik selber ein, dass es als Alternative zum neuen Beschaffungsgegenstand «denkbar» wäre, das ganze SAP-System wie bisher als On-Premises-Lösung zu führen. Dies wäre allerdings aufgrund des Wartungsendes für SAP Solution Manager sowie SAP PO nur noch bis Ende 2027 im gleichen Umfang wie bis

anhin bzw. aufgrund der «optional extended maintenance» bis Ende 2030 nur noch in einem eingeschränkten Rahmen möglich (vgl. Sachverhalt Bst. A.c). Auch nach diesem Zeitraum wäre es - wie auch die Vergabestelle ausführt - möglich, dass die Vergabestelle im Rahmen eines hybriden Ansatzes das zentrale ERP-System SAP S/4HANA bis zum Wartungsende im Jahr 2040 weiterhin als On-Premises-Lösung betreibt, während die übrigen Komponenten ihrer Systemlandschaft in ein SaaS-System migriert und von SAP betrieben werden. Bei dieser Variante könnte die Beschwerdeführerin zumindest einen Teil der zugeschlagenen Leistung - den Betrieb des zentralen ERP SAP S/4HANA - als On-Premises-Lösung erbringen.

#### **E. 2.11**

Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in dem für die Legitimationsfrage erforderlichen Ausmass glaubhaft gemacht hat, dass sie als potentielle Anbieterin zumindest für einen beschränkten Zeitraum eine mit der zugeschlagenen Dienstleistung bzw. für einen Teil der zugeschlagenen Dienstleistung eine substituierbare Leistung erbringen kann und auch will. Ob es sich hierbei um eine wirtschaftlich und funktional angemessene Alternative im Sinne von Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB handelt, ist hingegen erst im Rahmen der materiellen Prüfung eingehend zu prüfen (vgl. E. 5 f. hiernach).

#### **E. 2.12**

Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist deshalb zu bejahen.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 56 Abs. 1 und 2 BÖB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 3.2**

Gemäss Art. 56 Abs. 4 BÖB kann mit Beschwerde gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden. Wird die Beschwerde auf Basis der Rüge der falschen Verfahrensart oder der Korruption gutgeheissen, so erfolgt eine Rückweisung an die Vergabestelle zur Durchführung eines rechtmässigen Vergabeverfahrens (Roth, a.a.O., Art. 56 Rz. 42).

#### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin beantragt im vorliegenden Verfahren, die Zuschlagsverfügung vom 23. November 2023 sei aufzuheben und es sei die Vergabestelle verbindlich anzuweisen, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen. Sie macht geltend, die Voraussetzungen einer Freihandvergabe nach Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB fehlten im vorliegenden Fall bzw. habe die Vergabestelle nicht genügend bewiesen, dass diese erfüllt seien. Die Vergabestelle habe den in Frage stehenden Dienstleistungsauftrag deshalb zu Unrecht freihändig vergeben. Hierbei handelt es sich um eine gemäss Art. 56 Abs. 4 BÖB zulässige Rüge gegen einen Zuschlag im freihändigen Verfahren.

#### **E. 3.4**

Auf die vorliegende Beschwerde ist deshalb einzutreten.

#### **E. 4**

Wie bereits mehrfach erwähnt, rügt die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht, das freihändige Verfahren sei in unzulässiger Weise zur Anwendung gelangt. Die Vergabestelle habe es gänzlich unterlassen, sich mit möglichen Alternativen zu den technischen Spezifikationen der freihändig zugeschlagenen Dienstleistung auseinanderzusetzen und somit nicht bewiesen, dass die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB erfüllt seien. Es bestehe für die Vergabestelle keinerlei technisches Erfordernis, den Betrieb des zentralen ERP-Systems SAP S/4HANA von der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin zu übergeben, um dieses anschliessend in eine äquivalente Cloud-Umgebung zu transferieren. Die Wartung des zentralen ERP-Systems S/4HANA als On Premises-System sei bis mindestens 2040 gewährleistet. Den Betrieb des zentralen ERP als On Premise-System, welches die Beschwerdegegnerin gemäss Ziff. 1.1 der internen Begründung vom 6./8. Dezember 2023 «identisch» übernehme, könnten die Beschwerdeführerin oder andere auf SAP spezialisierte Dienstleisterinnen genauso auch erbringen. Die Vergabestelle habe deshalb den Beschaffungsgegenstand in unzulässiger Weise so eng festgelegt, dass letztlich nur die Beschwerdegegnerin für den Zuschlag in Frage käme, obwohl es substituierbare Leistungen und technische Alternativen gäbe. Es sei ohne weiteres möglich, einen hybriden Ansatz zu verfolgen, bei dem sowohl On Premises- (etwa für das zentrale ERP) als auch SaaS-Systeme (etwa für SAP Cloud ALM) verwendet würden. Die Vergabestelle mache dies ja selbst und viele andere SAP-Kunden verfolgten einen solchen hybriden Ansatz, der letztlich der SAP-Produktevielfalt geschuldet sei. Die Vergabestelle habe in keiner Weise substantiiert und überzeugend dargelegt, warum ein solcher hybrider Ansatz zu «unkalkulierbaren Aufwänden» und «technischen Problemen» führen würde.

#### **E. 5.1**

Bei der Bedarfsermittlung, der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabestelle über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht eingreift (vgl. Art. 56 Abs. 3 BÖB). Die Vergabestelle als öffentliche Auftraggeberin muss frei darüber bestimmen können, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Service usw. stellt, was also im einzelnen Gegenstand und Inhalt der Vergabe ist. Dem Gericht fehlen in der Regel die erforderlichen fachspezifischen und technischen Kenntnisse für die Beurteilung, welche Leistungen die Vergabestelle benötigt bzw. welche Anforderungen diese erfüllen müssen, um dem Bedarf der Vergabestelle gerecht zu werden (BGE 141 II 14 E. 7.1 und 8.3 «Monte Ceneri,» BGE 137 II 313 E. 3.3.1 «Microsoft;» Urteile des BVGer B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1 «Spectra Newsletter,» B-1570/2015 E.2.2 «Warnblitzleuchte Eflare,» Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 «Neubau LCA Supercomputing Center Lugano;» Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2011; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A. 2013, Rz. 564 ff.; Roth, a.a.O., Rz. 23). In der Regel haben die Anbieterinnen keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des «richtigen» Produkts zu erstreiten. Die über die Leistungsdefinition zwangsläufig bewirkte Einschränkung des Wettbewerbs ist im Grundsatz vergaberechtlich nicht zu beanstanden (Zwischenentscheid B-822/2010 E. 4.2 «Neubau LCA Supercomputing Center Lugano;» Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, S. 35).

## **E. 5.2**

Die vergaberechtlichen Transparenz-, Wettbewerbs- sowie Wirtschaftlichkeitsgebote (Art. 2 BöB) verpflichten die Vergabestelle bei öffentlichen Aufträgen, ihren Bedarf auf transparente und wettbewerbsorientierte Weise zu definieren und die technischen Spezifikationen objektiv festzulegen. Dies gilt auch dann, wenn die Vergabestelle das freihändige Verfahren in Betracht zieht. Der Freiheit der Vergabestelle bei der Umschreibung des Auftrags sind allerdings Schranken gesetzt, welche sich aus dem Wettbewerbsprinzip und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz (Art. 2 BöB) ergeben. Die Grenze liegt dort, wo die Umschreibung des Auftrags nicht sachgerecht (d.h. nicht durch den Zweck der Beschaffung gerechtfertigt) ist, oder wenn sie zum Zweck gezielter Vereitelung der Möglichkeit bestimmter Unternehmen, am Verfahren teilzunehmen, formuliert wird. Vergabebehörden dürfen die Auftragspezifikationen vorbehaltlich genügender sachlicher Gründe insbesondere nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur eine einzelne Anbieterin bzw. nur wenige Anbieterinnen für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Urteil des BVGer B-1570/2015 E. 2.2 m.w.H. «Warnblitzleuchte Eflare;» Beyeler, a.a.O., Rz. 2012, FN 1901; Roth, a.a.O., Rz. 23).

## **E. 5.3**

Im freihändigen Verfahren vergibt die Vergabestelle einen öffentlichen Auftrag direkt ohne Ausschreibung (Art. 21 Abs. 1 BöB). Die Vergabestelle kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der in Art. 21 Abs. 2 Bst. a-i BöB aufgeführten Voraussetzungen erfüllt ist. Diese Liste der Ausnahmetatbestände ist abschliessend. Da es sich um Ausnahmen handelt, sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, nach der Rechtsprechung restriktiv auszulegen (Urteil B-3580/2021 E. 2.1 «Identity and Access Management (IAM)» m. w. H.; Botschaft Totalrevision BöB, BBl 2017 1851, 1925 f.).

## **E. 5.4**

Im vorliegenden Fall beruft sich die Vergabestelle zur Begründung ihrer freihändigen Vergabe an die Beschwerdegegnerin auf Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB. Gemäss dieser Bestimmung kann die Auftraggeberin einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht dann eine angemessene Alternative im Sinne dieser Bestimmung, wenn sie sowohl aus funktionaler (Eignung, das Bedürfnis der Vergabestelle funktional zu decken) als auch aus wirtschaftlicher Sicht (Lösung, die mindestens ungefähr so günstig ist wie das gekaufte Produkt) angemessen ist (BGE 137 II 313 E. 3.6.1 «Microsoft,» Urteil 2C\_50/2022 E. 5.5).

## **E. 5.5**

Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands für die freihändige Vergabe beruft, hat nachzuweisen, dass alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen liegt daher bei der Vergabestelle (Urteile 2C\_50/2022 E. 5.9.4 f.; B-3580/2021 E. 2.1 «Identity and Access Management (IAM),» B-1570/2015 E. 2.3 ff. «Warnblitzleuchte Eflare,» je m.w.H.; Galli/ Moser/ Lang/ Steiner, a.a.O., Rz. 301, Manuel Jaquier, Le «gré à gré exceptionnel» dans les marchés publics - Etude de droit suisse et européen, 2018, S. 141 ff; vgl. E. 2.2). Die Vergabestelle,

die gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB einen öffentlichen Auftrag ohne Ausschreibung vergeben hat, muss insbesondere die Notwendigkeit der freihändigen Vergabe bzw. das Fehlen wirtschaftlich und funktional angemessener Alternativen nachweisen, wenn der Zuschlag angefochten wird. Die Vergabebehörde muss vor der freihändigen Vergabe eines Auftrags aktive Nachforschungen anstellen, um sicherzustellen, dass es auf dem betreffenden Markt tatsächlich keine vernünftigerweise zufriedenstellenden alternativen Bauleistungen, Dienstleistungen oder Waren gibt. Hierbei handelt es sich gemäss Urteil 2C\_50/2022 um eine Prüfung, die die Vergabebehörde in jedem Fall durchführen muss, bevor sie sich für ein freihändiges Vergabeverfahren entscheidet, da das Legalitätsprinzip von ihr verlangt, das tatsächliche Vorhandensein von Bedingungen zu klären, die es ihr erlauben, diese Art von Ausnahmeverfahren einzuführen (Urteil 2C\_50/2022 E. 5.7.1, E. 5.9.4 f. m. w. H.). Die Vergabestelle muss darlegen, dass sie sich im Lichte der konkreten Beschaffung - vor Einleitung der freihändigen Vergabe - detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmvorschrift auseinandergesetzt, in vergaberechtskonformer Weise technische Anforderungen aufgestellt und gestützt darauf den Markt analysiert hat, bevor sie zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt sind (Urteile BVGer B-3580/2021 E. 2.1 «Identity and Access Management (IAM),» B-1570/2015 E. 2.3 ff. «Warnblitzleuchte Eflare»).

### **E. 6.1**

Wie soeben ausgeführt, beruft sich die Vergabestelle zur Begründung ihrer freihändigen Vergabe auf Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB. Sie führt aus, dass ihre Verträge für die bestehenden SAP-Systeme per Ende 2025 ausliefen. Ebenfalls habe SAP das Wartungsende der Plattformen SAP Solution Manager und SAP PO per Ende 2027 (bzw. mit einer «optional extended maintenance» bis Ende 2030) angekündigt. Sie sei deshalb gezwungen gewesen, das weitere Vorgehen zu definieren und habe eine Evaluation der Gesamtsituation vorgenommen. Hierbei seien theoretisch drei Varianten möglich gewesen: Erstens sei es theoretisch möglich gewesen, für die bisher mit der SAP-Systemwelt erbrachten Aufgaben ein völlig neues System zu beschaffen und in ein neues Produkteuniversum einer oder mehrerer Anbieterinnen zu wechseln. Dies hätte allerdings einen gigantischen Aufwand, erheblichen Koordinationsbedarf sowie massive Kosten verursacht. Denn die Vergabestelle hätte neue Software beschaffen, die bisherigen Systeme auf das neue Produktuniversum migrieren und die Mitarbeiter umschulen müssen. Ebenfalls sei die SAP-Landschaft im ETH-Bereich und auch im ganzen Bund stark verankert und ein Wechsel auf eine andere Plattform würde zusätzliche Komplexität z.B. in der Abbildung der Rechnungslegungshandbücher schaffen. Die Vergabestelle habe keinen Wechsel gewollt und ein solcher würde ihrer IT-Strategie, die sie selber definieren dürfe, widersprechen. Sie habe deshalb keine detaillierten Überlegungen dazu angestellt. Als zweites sei es denkbar gewesen, das ganze SAP-System wie bisher als On-Premises-Lösung zu führen, wie dies die Beschwerdeführerin fordere. Die Vergabestelle habe diese Möglichkeit evaluiert, aber aus folgenden Gründen verworfen: Aufgrund des Wartungsendes von SAP Solution Manager und SAP PO per Ende 2027 habe sich die Vergabestelle dazu entschieden, auf deren Nachfolgeprodukte SAP AML sowie SAP Cloud Platform Integration Suite (CPIS) zu wechseln, welche SAP ausschliesslich als SaaS-Lösungen in der Public Cloud anbiete. Ebenfalls habe die Vergabestelle den bisherigen Aufwand in der Koordination der verschiedenen Anbieterinnen und in der Verantwortung für die Hardware sowie für allfällig notwendige Lizenzen, den das bestehende On-Premises-System mit sich bringe, nicht mehr tragen wollen. Sie wolle deshalb künftig alles aus einer Hand beziehen. Aus den

eingereichten Unterlagen, insbesondere aus den Beilagen 2, 6 und 8 zur Vernehmlassung ergebe sich, dass die Vergabestelle dies evaluiert habe. Als Resultat dieser Evaluationen habe sie sich für die dritte Variante entschieden, und zwar, eine neue Strategie zu fahren und die ganze SAP-Landschaft in Zukunft in die Cloud zu integrieren und zwar soweit möglich in die Public Cloud der SAP als SaaS-System. Dieses System werde für zwei der vier Teilbereiche ohnehin unabdingbar und sei auch für die anderen Teilbereiche früher oder später alternativlos. Mit nur noch einer Ansprechpartnerin fielen der Koordinationsaufwand und die Koordinationskosten sowie auch die Verantwortung der Vergabestelle für die Hardware weg. Sie brauche sich nicht mehr darum zu kümmern, wenn diese ausfalle oder erweitert werden müsse, müsse die Abläufe nicht mehr überwachen, keine entsprechenden Entscheide mehr fällen und nichts Neues beschaffen oder beschaffen lassen. Zusätzlich biete das SaaS-Modell den Vorteil, dass auch die Lizenzbeschaffung dort integriert sei. Dies ermögliche der Vergabestelle eine grössere Flexibilität in der Nutzung der Software, die bei Änderungen der betrieblichen Anforderungen nötig werden könne, ohne dass neue Lizenzen beschafft werden müssten. Sie miete lediglich noch ein funktionierendes System mit einer einzigen Ansprechpartnerin. Alle Abläufe seien in Zukunft in der Verantwortung der Cloudbetreiberin. Diese sei dafür verantwortlich, dass die entsprechenden Systeme funktionierten und die notwendigen Kapazitäten zur Verfügung stünden. Die Vergabestelle könne durch den gesamthaften Wechsel in das SaaS-System der Beschwerdegegnerin in Zukunft eigene betriebswirtschaftliche Ressourcen für Administration und Koordination sparen und habe auch Kostensicherheit in Bezug auf das gewählte System. Zudem gewährleiste der Wechsel von Solution Manager und PO in die Cloud, der unabdingbar werde und bereits Ende 2027 Wartungsnachteile mit sich bringe, ohnehin einen Wechsel in die Cloud. Dieser Entscheid widerspiegle im Übrigen nicht nur die strategischen Bedürfnisse der Vergabestelle, sondern auch die allgemeine Tendenz in der Informatik, was sich in mehreren anderen Beschaffungen der öffentlichen Hand zeige. Wolle diese z.B. ihre Office-Produkte in Zukunft zu Windows 365 in die Cloud transferieren und nicht mehr auf einem lokalen Server speichern, so dürfe sie das tun. Zum Wechsel der gesamten SAP-Systemlandschaft in die Cloud gebe es keine angemessene Alternative im Sinne des Gesetzes. Insbesondere stelle die bisherige On-Premises-Lösung keine angemessene Alternative dar, weil sie abgelöst werde und die Wartung dafür ab dem Jahr 2028 nicht mehr im vollen Umfang gewährleistet sei. Durch den zwangsläufigen Wechsel von PO und SM in die Cloud sei nur ein gesamthafter Wechsel in die Cloud angemessen und sinnvoll, damit die Vorteile des Wechsels in die Cloud genügend ausschöpft werden könnten. Auch sei die Lösung wirtschaftlicher, weil Koordinationsaufwand weg falle und Kostenklarheit bestehe. Auch ein hybrides System, bei dem SM und PO in die Cloud wechseln, währenddem die anderen Systeme weiterhin On-Premises betrieben würden, wäre mit unkalkulierbaren Aufwänden verbunden. Denn es müssten zwangsläufig die Teilbereiche in der Public Cloud und die anderen, die On-Premises bleiben, koordiniert werden. Für die einen wäre die Beschwerdegegnerin verantwortlich, für die anderen die Vergabestelle oder die von ihr beauftragten Dritten. Auch wenn die Vergabestelle diese Verantwortung auslagern würde, entstünde für sie ein letztlich unkalkulierbarer administrativer Aufwand, da sie auch dann mehrere (mindestens zwei) Vertragspartner und mehrere Systeme zu koordinieren hätte und Entscheide über Hardware fällen müsste. Diesen Wechsel wolle sie unter anderem, um ihre «Manpower» anders einsetzen zu können. Zudem entstünden bei der Koordination mehrerer Vertragspartner zwangsläufig mehr technische Schwierigkeiten und Probleme, als wenn nur

zwei Vertragspartner technisch zusammenarbeiten.

### **E. 6.2**

Wie bereits ausgeführt, muss die Vergabestelle auch bei freihändigen Vergaben ihren Bedarf auf transparente und wettbewerbsorientierte Weise definieren und die technischen Spezifikationen objektiv festlegen (E. 5.2 hiervor). Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe liegt bei der Vergabestelle. Sie muss insbesondere die Notwendigkeit der freihändigen Vergabe bzw. das Fehlen wirtschaftlich und funktional angemessener Alternativen nachweisen. Sie muss darlegen, dass sie sich im Lichte der konkreten Beschaffung - vor Einleitung der freihändigen Vergabe - detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt, in vergaberechtskonformer Weise technische Anforderungen aufgestellt und gestützt darauf den Markt analysiert hat, bevor sie zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt sind und es auf dem betreffenden Markt tatsächlich keine vernünftigerweise zufriedenstellenden alternativen Leistungen gibt (E. 5.4).

### **E. 6.3**

In den eingereichten Vergabeakten befindet sich unter anderem eine Power Point-Präsentation der Beschwerdegegnerin bei der Vergabestelle vom April 2023 mit dem Titel «SAP's HR Produktstrategie» (Beilage 7 zur Vernehmlassung). Auf S. 35 ff. findet sich ein Vergleich zwischen verschiedenen SAP ERP-Systemen als On-Premises-Lösungen (mit verschiedenen Vertragspartnerinnen, wie dies bis anhin der Fall ist und die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren weiterhin fordert) sowie als SaaS-Systeme in einer Private Cloud bzw. einer Public Cloud (mit einzig der Beschwerdegegnerin als Anbieterin). Es werden Vor- und Nachteile sowie beispielhaft mögliche Kostenentwicklungen der verschiedenen Varianten dargestellt. In einer weiteren Power Point-Präsentation der Beschwerdegegnerin bei der Vergabestelle mit dem Titel «RISE with SAP S/4HANA Cloud, private edition» vom 10. August 2023 (Beilage 6 zur Vernehmlassung) werden verschiedene Varianten für das «SAP ERP S/4HANA Cloud, private edition» mit den jeweiligen Kosten aufgeführt. Unter anderem wird auch die Option abgebildet, dass die Vergabestelle ihr ERP künftig zusammen mit der EMPA betreibt. Gemäss der Präsentation ist diese Variante aber technisch nicht möglich (S. 7 und 8). Auf S. 2 dieser Präsentation werden zudem verschiedene Mehrwerte des cloudbasierten SAP ERP für die Vergabestelle aufgezählt. Genannt wird u.a., dass alles aus einer Hand von der Beschwerdegegnerin als Herstellerin der Software bezogen wird sowie die hohe Verfügbarkeit und Datensicherheit. Darüber hinaus befindet sich in den eingereichten Akten eine undatierte Power Point-Präsentation eines Mitarbeiters der Vergabestelle mit dem Titel «Zukunft SAP Basis Betrieb» (Beilage 8 zur Vernehmlassung). Auf S. 6 ff. findet sich ein detaillierter Vergleich der konkret errechneten Kosten des SAP ERP als On-Premises-Lösung, betrieben durch eine Dritte (wie dies heute der Fall ist), mit den Kosten des SAP ERP «S/4HANA Cloud, private edition» (also in der SaaS-Variante, welche die Vergabestelle letztlich an die Beschwerdegegnerin vergeben hat). Aus dieser Aufstellung geht hervor, dass die Vergabestelle höhere Kosten für die On-Premises-Lösung errechnete. Gemäss Ziff. 2.2 der Begründung vom 6./8. Dezember 2023 errechnete die Vergabestelle Mehrkosten, «die sich aus dem bisherigen Betriebsaufwand der letzten Vergabe aus dem Jahr 2017 und den Wartungskosten für die on Premise-Lizenzen der Firma SAP (Schweiz) AG ergeben,» in Höhe von insgesamt Fr. (...), wenn sie die SAP-Systemlandschaft weiterhin, wie von der Beschwerdeführerin gefordert, für weitere

fünf Jahre als On-Premises-Lösung vergeben würde.

#### **E. 6.4**

Diese von der Vergabestelle eingereichten Akten belegen die Aussagen der Vergabestelle, dass sie im Jahr 2023, bevor sie den strittigen Dienstleistungsauftrag freihändig an die Beschwerdegegnerin vergab, aktiv Nachforschungen anstellte, um ihren Bedarf abzuklären und zu evaluieren, wie ihre SAP-Systemlandschaft in Zukunft aussehen sollte. Aus den Unterlagen geht hervor, dass die Vergabestelle verschiedene Optionen für den weiteren Betrieb ihrer SAP-Systemlandschaft prüfte, darunter insbesondere auch den von der Beschwerdeführerin geforderten Weiterbetrieb als On-Premises-System, und die Kosten dafür kalkulierte. Dass die Vergabestelle sich hierbei schon von vorherein auf verschiedene SAP-Systeme beschränkte und einen Wechsel von SAP in ein neues Produktuniversum einer anderen Anbieterin nicht näher in Erwägung zog, ist hierbei nicht zu beanstanden. Denn wie die Vergabestelle in nachvollziehbarer Weise ausführt, wäre ein solcher Wechsel mit einem grossen administrativen Aufwand und hohen Kosten verbunden gewesen. Selbst die Beschwerdeführerin fordert nicht, dass die Vergabestelle in ein neues Produkteuniversum wechselt, sondern möchte, dass sie ihr SAP ERP-System weiter als On-Premises-Lösung betreibt. Die Akten belegen, dass sich aus der Evaluation der Vergabestelle ergab, dass die für sie kostengünstigste Alternative ein gesamthafter Wechsel ihrer SAP-Systemlandschaft in ein cloudbasiertes SaaS-System sei.

#### **E. 6.5**

Nach den unbestritten gebliebenen Vorbringen der Vergabestelle bietet lediglich die Beschwerdegegnerin die SAP-Systemlandschaft als SaaS-Lösung an. Damit ist das erste Erfordernis für die Freihandvergabe nach Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB, nämlich, dass aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags nur eine Anbieterin in Frage kommt, zu bejahen. Ebenfalls hat die Vergabestelle nach dem Gesagten anhand der eingereichten Akten rechtsgenüchlich nachgewiesen, dass sie bereits vor der Freihandvergabe ihren Bedarf abgeklärt und evaluiert hat, dass auf dem Markt keine wirtschaftlich angemessene Alternative besteht. Damit ist sie den Anforderungen an ihre Beweislast hinreichend nachgekommen, weshalb auch die zweite Voraussetzung zu bejahen ist.

#### **E. 6.6**

Darüber hinaus wäre ein Weiterbetrieb der SAP-Systemlandschaft in der aktuellen Form als On-Premises-System aufgrund des Wartungsendes von SAP Solution Manager und SAP PO ohnehin nur noch bis Ende 2027 im gleichen Umfang und ab 2030 gar nicht mehr möglich, weshalb darin entgegen der Vorbringen der Beschwerdeführerin auch keine funktional angemessene Alternative zu sehen ist. Ebenfalls hat die Vergabestelle in nachvollziehbarer Weise ausgeführt, dass auch das von der Beschwerdeführerin geforderte hybride System, bei dem der Betrieb von ERP, Solution Manager sowie PO bzw. deren Nachfolgeprodukte und Enable Now aufgespalten werden, keine Alternative darstellt, welche ihre Bedürfnisse funktional zu decken vermag. Sie legt überzeugend dar, dass ein solches System aufgrund der verschiedenen Vertragspartnerinnen zu einem höheren Koordinationsaufwand und höheren Koordinationskosten führen würde. Demgegenüber würden bei einem Wechsel der gesamten SAP-Landschaft in ein SaaS-System bei einer Anbieterin der administrative Aufwand sowie die Verantwortung der Vergabestelle für die Hardware entfallen. Zusätzlich bietet das SaaS-Modell den Vorteil, dass auch die Lizenzbeschaffung dort integriert sei. Dies ermögliche der Vergabestelle eine grössere

Flexibilität in der Nutzung der Software, die bei Änderungen der betrieblichen Anforderungen angepasst werden könne, ohne dass neue Lizenzen beschafft werden müssten. Ebenfalls ist gerichtsnotorisch, dass es der allgemeinen Tendenz in der Informatik entspricht, auf Cloudlösungen zu wechseln. Darüber hinaus ist nicht bestritten, dass der Betrieb des SAP ERP als On-Premises-Lösung aufgrund des angekündigten Wartungsendes ohnehin nur noch bis 2040 möglich wäre. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle bereits im jetzigen Zeitpunkt proaktiv einen Wechsel auf die SaaS-Lösung anstrebt. Wie bereits ausgeführt, verfügt die Vergabebehörde bei der Bedarfsermittlung, der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht eingreift (vgl. Art. 56 Abs. 3 BÖB). Diesen hat die Vergabestelle bei der vorliegenden Vergabe nicht überschritten. Anders als die Beschwerdeführerin geltend zu machen scheint, kann sie insbesondere nicht «erstreiten,» dass die Vergabestelle das ERP SAP S/4HANA oder Teile davon weiterhin bis zum angekündigten Wartungsende im Jahr 2040 als On-Premises-Lösung betreibt (vgl. E. 5.1 hiervor).

#### **E. 6.7**

Nach dem Gesagten sind deshalb die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB zu bejahen und hat die Vergabestelle den strittigen Auftrag zu Recht gestützt auf diese Bestimmung freihändig an die Beschwerdegegnerin vergeben.

#### **E. 6.8**

Entgegen der Behauptungen der Beschwerdeführerin hat die Vergabestelle somit den Beschaffungsgegenstand auch nicht in unzulässiger Weise so eng festgelegt, dass letztlich nur die Beschwerdegegnerin für den Zuschlag in Frage kam, obwohl es «offensichtlich substituierbare Leistungen und technische Alternativen» gäbe. Es bestehen keinerlei Hinweise dafür, dass die Umschreibung des Auftrags nicht sachgerecht ist oder dass sie zum Zweck gezielter Vereitelung der Möglichkeit bestimmter Unternehmen, am Verfahren teilzunehmen, formuliert worden wäre (vgl. E. 5.2 hiervor).

#### **E. 7**

Die Beschwerde erweist sich damit insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, noch über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Dieser wird mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos. Bei diesem Ergebnis sind auch die Beweisanträge der Beschwerdeführerin, Expertisen zur Frage, ob angemessene Alternativen zur von der Vergabestelle gewählten Lösung bestehen, einzuholen, abzuweisen.

#### **E. 8.1**

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

#### **E. 8.2**

Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher im vorliegenden Fall auf Fr. 4'000.- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte

Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

### **E. 8.3**

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Beschwerdegegnerin hat sich nicht mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt, weshalb auch sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat. Die Vergabestelle ist als verfügende Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE nicht entschädigungsberechtigt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.