Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-6972/2023

Urteil vom 23. Juli 2024

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Eva Kälin.

Parteien

A._____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
lic. iur. Stefan Kühnis und/oder MLaw Nathalie Jäggi,
Lindtlaw Anwaltskanzlei,
Beschwerdeführerin,

gegen

Paul Scherrer Institut (PSI),
vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. iur. Jean-Marc von Gunten,
Advokatur West,
Vergabestelle,

SAP (Schweiz) AG,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen; Zuschlag betr. Projekt

«Basisbetrieb der PSI SAP Landschaft»; SIMAP-Projekt-ID: 269668; SIMAP-Meldungsnummer: 1379195.

Sachverhalt:

A.

A.a Das Paul Scherrer Institut (PSI; im Folgenden: Vergabestelle) ist zusammen mit der Eidgenössischen Forschungsanstalt für Wald, Schnee und Landschaft (WSL), der Eidgenössischen Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (EMPA) und der Eidgenössischen Anstalt für Wasserversorgung, Abwasserreinigung und Gewässerschutz (EAWAG) eine von vier Forschungsanstalten im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschule (nachfolgend: ETH). Diese vier Forschungsinstitutionen betreiben seit 2012 bzw. 2013 eine gemeinsame SAP-Lösung. Anfänglich bezogen sie die Leistungen des SAP-Systems über das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation (BIT).

A.b Im Jahr 2018 vergab die Vergabestelle zusammen mit den drei weiteren Forschungsanstalten des ETH-Bereichs in einem selektiven Verfahren den SAP-Betrieb (Basisbetrieb, Applikationsbetrieb und Hosting) unter dem Projekttitel «SAP Migration, Betrieb und Beratung» an die NOVO Business Consultants AG (nachfolgend: NOVO; vgl. SIMAP-Projekt-ID 163131) und deren Subunternehmerin A._____ AG. Diese ist seitdem für den Basisbetrieb und das Hosting der SAP-Systemlandschaft der Vergabestelle zuständig. Diese Systemlandschaft startete am 1. Januar 2019 und läuft bis zum 31. Dezember 2025. Die aktuelle SAP- Systemlandschaft wird als On-Premises-System betrieben. Nach Angaben der Vergabestelle umfasst sie folgende Komponenten: drei Server für die Enterprise Ressource Planning (nachfolgend: ERP)-Systeme SAP S/4HANA, zwei Server für den SAP Solution Manager, zwei Server für SAP Process Orchestration (nachfolgend: SAP PO) sowie einen Server für SAP Enable Now.

A.c Diese Begriffe sind nachfolgend kurz zu umschreiben.

- Das **ERP-System** ist das zentrale IT-System für die Führung bzw. Administration eines Unternehmens. Damit werden die meisten betriebswirtschaftlichen bzw. administrativen Prozesse abgewickelt, z.B. die Erstellung von Bestellungen zur Beschaffung von Waren und Dienstleistungen, die Bewirtschaftung der Lagerbestände mit Material, die Verbuchung von Rechnungen, die Erstellung der Bilanz/Kostenrechnung, Personalwesen (z.B. Führung von Mitarbeiterinformationen inkl. Lohnzahlungen), die Planung und

Überwachung von Projekten aller Art sowie die Planung und Abwicklung der Produktion aller Art.

«S/4HANA» bezeichnet hierbei die neuste Generation des ERP-Systems von SAP. SAP S/4 HANA gibt es in folgenden Varianten: SAP S/4HANA On-Premise, SAP S/4HANA Cloud, public edition und SAP S/4HANA Cloud, private edition (AMIN HOQUE, SAP S/4HANA Cloud and On-Premise Deployment Options, ERP Blogs by SAP, 29. Mai 2020, https://community.sap.com/t5/enterprise-resource-planning-blogs-by-sap/sap-s-4hana-cloud-and-on-premise-deployment-options/ba-p/13410008, abgerufen am 09.07.2024; vgl. Beilage 7 zur Vernehmlassung [Power Point Präsentation «SAP's HR Produktstrategie» vom April 2023], S. 39).

- Das System **SAP Solution Manager** ist für die technische Abwicklung des ERP-Systems zuständig. Es bietet technische Funktionen an, die zum Betrieb des ERP-Systems notwendig sind, z.B. das Einspielen von Updates oder die Überwachung des Systemzustandes des ERP-Systems. Daneben unterstützt es die Abwicklung der IT-nahen Prozesse, die im Rahmen des Betriebs des ERP-Systems anfallen können, z.B. die Dokumentation der im ERP-System ablaufenden Prozesse, die Unterstützung und Dokumentation von Tests, das Einreichen und die Dokumentation von Änderungswünschen zu den Abläufen und Funktionen im ERP-System inkl. deren Überführung in ein IT-Projekt. SAP kündigte das Ende der regulären Wartung («end of life») von SAP Solution Manager per Ende 2027 an und empfahl den Kundinnen, auf das Nachfolgeprodukt **SAP Cloud ALM** (ALM steht für Application Lifecycle Management) zu wechseln. Bis Ende 2030 bietet SAP seinen Kundinnen eine «optional extended maintenance» an, welche nicht mehr die gesamte Wartung, sondern lediglich Teilbereiche davon beinhaltet. Korrigiert werden nur noch Fehler im Coding oder Beeinträchtigungen der funktionalen Abläufe. Erweiterungen für die Verbesserung der Funktionen oder Miteinbezug von Innovationsthemen wie KI oder Machine Learning sind nicht mehr im Umfang enthalten.

- Das Produkt **SAP PO** wird für den Austausch von Informationen und Daten zwischen dem SAP ERP-System und anderen IT-Systemen benötigt. Es nimmt die Informationen vom sendenden System entgegen, bereitet sie so auf, dass das empfangende System die Informationen versteht und liefert sie dann an dieses aus. SAP

kündigte auch für dieses Produkt das Wartungsende per Ende 2027 (ebenfalls mit der Option einer «extended maintenance» bis Ende 2030) an und empfahl den Kundinnen, auf das Nachfolgeprodukt **SAP Cloud Platform Integration Suite** (CPIS) zu wechseln.

- Das Produkt **SAP Enable Now** bietet die Möglichkeit, den Nutzern des SAP ERP-Systems in die Anwendung integrierte Schulungs- und Hilfsinformationen zur Verfügung zu stellen und sie so befähigen, das System zu nutzen bzw. bei dessen Bedienung zu unterstützen. Dies geschieht z.B. durch die Erstellung von Schulungsvideos, die Anzeige von Hilfetexten, oder die Erstellung von Anweisungen, die die Benutzer Schritt für Schritt durch einen Prozess führen, an dessen Ende sie das gewünschte Ergebnis erhalten.

IT-Systeme können – grob umschrieben – als sog. On-Premises-Lösung oder als «Software as a Service» (nachfolgend: SaaS) betrieben werden. **On-Premises-Systeme** werden in der eigenen IT-Umgebung des Kunden, d.h. im eigenen Haus oder auf Computern, die in einem Rechenzentrum angemietet sind, gehostet und betrieben, und bleiben unter der eigenen Verantwortung des Nutzers. Der Kunde kann das System an seine Anforderungen anpassen, ist aber auch selber dafür verantwortlich, allfällige notwendige Lizenzen von der Anbieterin selbst zu erwerben und zu administrieren sowie die Systeme und deren Hardware-Ausstattung zu managen.

Demgegenüber stammen bei **SaaS-Systemen** das Hosting, der Basisbetrieb und die Lizenzen von einer einzigen Anbieterin. SaaS ist im Gegensatz zu On-Premises eine Cloud-Lösung. SaaS-Systeme können u.a. in einer Private Cloud oder einer Public Cloud bereitgestellt werden. **SaaS-Systeme in der Private Cloud** werden nur für den jeweiligen Kunden bereitgestellt und können deshalb technisch überwiegend nach dessen Wünschen angepasst werden. Nach Angaben der Vergabestelle sind die Vorteile dieser Lösung, dass die betriebswirtschaftliche Administration und die technische Koordination reduziert werden, da sowohl der technische Support als auch das Lizenzmanagement aus einer Hand geleistet werden. Zusätzlich sind eine flexiblere Ausgestaltung und Nutzung der Systeme möglich, ohne dass grosse Investitionen getätigt werden müssen, da keine Lizenzen erworben werden müssen. Ebenfalls können durch individuelle Bereitstellung die individuellen Bedürfnisse des Kunden an sein IT-System abgedeckt werden. Im Gegensatz zu einem SaaS-System in der Public Cloud ist allerdings der technische Aufwand in der Administration der Systeme höher, was sich in höheren Betriebskosten niederschlägt. **Saas-**

Systeme in der Public Cloud werden demgegenüber auf einem Server, der jeweils von mehreren Kunden genutzt wird, bereitgestellt. In der Regel werden vorgegebene Prozesse von allen Kunden in gleicher Weise genutzt. Vorteil der SaaS-Systeme in der Public Cloud ist nach Angaben der Vergabestelle die einfache Einführung dieser Systeme, da die Prozesse bereits vorgefertigt installiert und eingestellt sind. Dafür bestehen im Vergleich zu einem SaaS-System in der Private Cloud eingeschränkte Möglichkeiten der Individualisierung.

Aufgrund des bevorstehenden Wartungsendes für SAP Solution Manager und SAP PO per Ende 2027 entschied sich die Vergabestelle, künftig auf die cloudbasierten Nachfolgeprodukte SAP AML und SAP Cloud Plattform Integration Suite (CPIS) zu wechseln. Ebenfalls will sie künftig ihre gesamte SAP-Landschaft ausschliesslich als SaaS-System betreiben und alles «aus einer Hand» beziehen.

B.

Am 23. November 2023 erteilte die Vergabestelle der SAP (Schweiz) AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) im freihändigen Verfahren für das Projekt «Basisbetrieb der PSI SAP Landschaft» den Zuschlag zum Preis von Fr. 3'004'026.57 ohne MWST. (mit einer Option zum Preis von Fr. 100'000.00 für Assessment Schnittstellen). Die Vergabestelle publizierte die Zuschlagsverfügung am 24. November 2023 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1379195). Zur Begründung führt Ziff. 3.3 der Zuschlagsverfügung aus, unter Berücksichtigung der gesamten Systemlandschaft, die die Vergabestelle benötige, sei ausschliesslich die Zuschlagsempfängerin in der Lage, einen übergreifenden und gesamtheitlichen Betrieb der Systemlandschaft zu gewährleisten. Die Aufspaltung der Systemlandschaft hin zu verschiedenen Anbieterinnen würde zu unkalkulierbaren Aufwänden und technischen Problemen führen, die die Vergabestelle aufgrund der zentralen Wichtigkeit zur Abwicklung ihrer essentiellen Betriebsprozesse nicht eingehen könne. Zusätzlich ergäben sich Synergien durch den gesamthaften Betrieb bei einer Anbieterin, die zu verringerten Betriebskosten der Gesamtarchitektur führten.

C.

Gegen diese Verfügung erhebt die A._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 14. Dezember 2023 (Eingang: 18. Dezember 2023) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Zuschlagsverfügung vom 23. November 2023 sei aufzuheben und es sei die Vergabestelle verbindlich anzuweisen, ein rechtskonformes

Vergabeverfahren durchzuführen. In prozessualer Hinsicht verlangt sie u.a., der Beschwerde sei, zunächst superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle zu verbieten, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) abzuschliessen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, sie sei nach Art. 56 Abs. 4 BöB zur Beschwerde legitimiert, denn sie könne und wolle eine mit der nachgefragten Leistung substituierbare Leistung erbringen. Sie betreibe derzeit die SAP-Landschaft der Vergabestelle als Subunternehmerin jener Anbieterin, welche 2018 den Zuschlag für das Projekt «SAP Migration, Betrieb und Beratung» für sämtliche vier Forschungsanstalten des ETH-Bereichs (darunter die Vergabestelle) erhalten habe. Sie betreibe somit für die Vergabestelle genau jene Dienstleistungen, welche diese nun freihändig an die Beschwerdegegnerin vergeben habe. Die Vergabestelle habe den Auftrag in unzulässiger Weise im freihändigen Verfahren vergeben. Die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB, wonach die Vergabestelle einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben könne, seien nicht erfüllt gewesen. Es bestehe weder aufgrund von technischen Besonderheiten des Auftrages noch aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums eine Notwendigkeit, die Dienstleistung für den SAP-Betrieb bei der Beschwerdegegnerin als Software-Herstellerin zu beschaffen. Auch fehle es nicht an einer angemessenen Alternative. Anstatt alles aus einer Hand bei der Beschwerdegegnerin zu beschaffen (d. h. sowohl die Lizenzen als auch die Dienstleistungen für den Betrieb von SAP), bestehe die angemessene Alternative, dass die Vergabestelle die Standardlizenzen (wie bis anhin) weiterhin bei der Beschwerdegegnerin beschaffe und die Dienstleistungen bei einer im SAP-Bereich spezialisierten Anbieterin wie der Beschwerdeführerin. Es bestehe demnach in Bezug auf die zugeschlagene Dienstleistung eine substituierbare Leistung. Die angefochtene Freihandverfügung stehe auch im Widerspruch zu den in Art. 2 BöB genannten Zwecken des BöB.

D.

Mit Verfügung vom 18. Dezember 2023 ordnete die Instruktionsrichterin u. a. an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zum Urteil in der Hauptsache alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Beschwerdegegnerin, zu unterbleiben hätten.

E.

Die Vergabestelle reichte am 16. Januar 2024 ihre Vernehmlassung ein. Sie beantragt die vollständige Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, den Beschaffungsgegenstand anzubieten, weshalb sie gemäss Art. 56 Abs. 4 BöB nicht zur Beschwerde legitimiert sei. Weiter bringt sie vor, da die Verträge für die bestehenden SAP-Systeme bald ausliefen, sei ohnehin eine Neubeschaffung der SAP-Systemlandschaft angestanden. Darüber hinaus habe SAP ein Wartungsende für SAP Solution Manager und SAP PO per Ende 2027 (mit einer «optional extended maintenance» bis Ende 2030) angekündigt und den Kundinnen empfohlen, auf die jeweiligen Nachfolgeprodukte SAP Cloud ALM bzw. SAP Cloud Platform Integration Suite, welche einzig als SaaS-Systeme betrieben würden, zu wechseln. Aufgrund der Notwendigkeit dieses Wechsels müsse die Vergabestelle ihre SAP-Landschaft ändern und auf das SaaS-System wechseln. Sie habe sich deshalb entschlossen, das ganze SAP-System in Zukunft ausschliesslich als SaaS-System zu betreiben, um alles «aus einer Hand» zu beziehen. Nur so liessen sich die Vorteile des SaaS-Systems vollständig nutzen und der bisherige Aufwand sowie die Kosten reduzieren. Würden nur einzelne Teile in das SaaS-System transferiert, wäre für die verbleibenden Teile weiterhin ein Hosting durch eine aussenstehende Anbieterin nötig. Dies wäre betriebswirtschaftlich unsinnig, da dadurch Kosten anfallen würden, die mit dem vollständigen Wechsel in ein SaaS-System eingespart werden könnten. Das neue System sei für die Vergabestelle erheblich weniger aufwändig und erheblich kostengünstiger. Zwar sei es theoretisch denkbar, dass die Vergabestelle andere Systeme von anderen Anbieterinnen beschaffen würde. Dies wäre jedoch «absolut unsinnig,» da damit verschiedene Systemlandschaften miteinander kombiniert werden müssten. Es sei offensichtlich, dass dies zu unsinnigen und unkalkulierbaren technischen Schwierigkeiten führen würde, da die verschiedenen Systeme von verschiedenen Anbieterinnen nicht kompatibel seien. Zudem wäre der Aufwand für einen Wechsel horrend und mit der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Gelder nicht vereinbar. Nach der herrschenden Lehre seien produkte- oder anbieterspezifische Ausschreibungen zulässig, wenn die Vergabestelle eine bestehende Struktur ergänzen oder ändern und mit dem bestehenden Produkt weiterarbeiten wolle. Die Vergabestelle sei deshalb nicht verpflichtet gewesen, Produkte von anderen Anbieterinnen zu evaluieren, zumal dies unweigerlich Kompatibilitätsprobleme mit sich gebracht hätte. Es reiche nach der Lehre schon aus, dass Kompatibilitätsprobleme «nicht ausgeschlossen» seien, um die Beschaffung auf eine

einzelne Anbieterin, wie vorliegend die Beschwerdegegnerin, zu beschränken. Die SAP-Landschaft sei für den Gebrauch der Vergabestelle geeignet und so vielfältig einsetzbar, dass sie für verschiedenste Bedürfnisse verwendet werden könne. Andere Produkte wolle sie nicht und seien für den vorausgesetzten Gebrauch nicht notwendig. Nur die Beschwerdegegnerin biete die SaaS-Lösung für die von der Vergabestelle betriebenen SAP-Landschaft an. Es gebe deshalb keine Alternative für die Vergabestelle. Die freihändige Vergabe sei nach Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB zulässig gewesen.

F.
Mit Replik vom 15. Februar 2024 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest.

Sie führt zusammengefasst aus, die Vergabestelle habe die vier Teilbereiche der SAP-Systemlandschaft (ERP-System, Solution Manager, SAP PO und Enable Now) freihändig als On-Premises-Lösung an die Beschwerdegegnerin vergeben. Diese Systemlandschaft solle «identisch» als On-Premises-System in die Betriebsumgebung der Beschwerdegegnerin integriert und von dieser weiterbetrieben werden. Gemäss SAP sei die Wartung des ERP auch in der On-Premises-Lösung bis 2040 sichergestellt. Die Beschwerdeführerin betreibe derzeit die SAP-Systemlandschaft der Vergabestelle, welche alle nun der Beschwerdegegnerin freihändig zugeschlagenen Komponenten beinhalte (SAP ERP, SAP Solution Manager, SAP PO und SAP Enable Now). Es sei der Beschwerdeführerin möglich, das zentrale ERP-System SAP S/4HANA auch weiterhin bis ins Jahr 2040 für die Vergabestelle als On-Premises-Lösung zu betreiben. 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. Entgegen der Darstellung der Vergabestelle bestehe zudem keinerlei technische Notwendigkeit, dass neben dem zentralen ERP zwingend auch der Solution Manager und die Process Orchestration verwendet würden. Es sei deshalb unerheblich, dass die Beschwerdegegnerin für diese beiden Produkte eine Wartung nur bis Ende 2027 (bzw. verlängerbar bis 2030) garantiere. Auch bestehe keinerlei technische Notwendigkeit zur Überführung der On-Premises-Lösung Enable Now in die SAP-Cloud-Technologie, da die Beschwerdegegnerin kein Wartungsende in Bezug auf dieses Produkt angekündigt habe. Gemäss Urteil des BGer 2C_50/2022 vom 6. November 2023 liege die Beweislast des Fehlens angemessener Alternativen bei der Vergabestelle. Vorliegend könne ausgeschlossen werden, dass aufgrund der technischen

Besonderheiten des Auftrags nur die Beschwerdegegnerin in Frage kommen soll und es keine angemessenen Alternativen gebe. Die Vergabestelle habe es gänzlich unterlassen, sich mit möglichen Alternativen zu den technischen Spezifikationen der freihändig zugeschlagenen Produkte auseinanderzusetzen. Deshalb habe sie die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gemäss Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB nicht rechtsgenüglich dargetan. Der freihändig erteilte Zuschlag sei aufzuheben.

G.
Dazu nahm die Vergabestelle mit Duplik vom 18. März 2024 ausführlich Stellung.

Zusammengefasst bringt sie vor, da ihre Verträge für die bestehenden SAP-Systeme am 31. Dezember 2025 ausliefen, habe sie eine Evaluation der Gesamtsituation vorgenommen, um das weitere Vorgehen und ihre zukünftige IT-Strategie zu definieren. Wie sich aus Beilagen 2, 6 und 8 zur Vernehmlassung ergebe, habe sie verschiedene Möglichkeiten evaluiert, darunter auch, das ganze SAP-System wie bisher als On-Premises-Lösung zu führen, so wie die Beschwerdeführerin dies fordere und auch anbiete. Sie habe verschiedenen Business Cases und, soweit möglich, deren Konsequenzen in finanzieller Hinsicht, durchgerechnet. Sie sei dabei zum Schluss gekommen, dass nur die jetzt gewählte Lösung – der gesamthafte Wechsel ihrer SAP-Landschaft in das SaaS-System – ihren Anforderungen genüge und habe in ihrer Evaluation der verschiedenen Möglichkeiten festgestellt, dass die Kosten dieses SaaS-Systems gesamthaft gesehen tiefer seien und es keine Alternative dazu gebe. Insbesondere würde der theoretisch mögliche Wechsel von der SAP-Systemwelt in ein völlig neues System in einem neuen Produktuniversum eines oder mehrerer anderer Anbieterinnen einen gigantischen Aufwand mit sich bringen (durch die Umschulung sämtlicher Nutzer, die Beschaffung vollständig neuer Software und die Migration der bisherigen Systeme auf das neue Produktuniversum). Dadurch würden unkalkulierbare Aufwände und technische Probleme entstehen. Auch eine Aufspaltung des Betriebs von ERP, SO, PO und Enable Now stelle keine angemessene Alternative dar, da durch die Koordination von mehreren Vertragspartnern und Systemen ein unkalkulierbarer Aufwand sowie technische Probleme entstünden. Die Vergabestelle wolle das von der Beschwerdeführerin Angebotene nicht. Es sei keine taugliche Alternative zum Beschaffungsgegenstand.

H.
Mit Eingabe vom 29. April 2024 nahm die Beschwerdeführerin Stellung. Mit

Verweis auf die Rechtsprechung (Urteile des BGer 2C 50/2022 vom 6. November 2023 sowie des BVGer B-3580/2021 vom 9. Mai 2022) bringt sie im Wesentlichen vor, es sei Aufgabe der Vergabestelle, die sich auf Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB berufe, darzutun, dass sie sich einlässlich mit den Anwendungsvoraussetzungen dieser Norm auseinandergesetzt und vor deren Anwendung detailliert abgeklärt habe, ob es wirklich keine angemessene Alternative zum Angebot der von ihr präferierten Anbieterin gebe. Insbesondere müsse die Vergabestelle darlegen, dass sie sich im Lichte der konkreten Beschaffung – vor Einleitung der freihändigen Vergabe – detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmevorschrift auseinandergesetzt, in vergaberechtskonformer Weise technische Anforderungen aufgestellt und gestützt darauf den Markt analysiert habe, bevor sie zum Schluss kommen könne, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt seien. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen, namentlich, dass es keine angemessene Alternative gebe, liege bei der Vergabestelle.

Die Vergabestelle vermöge die Zulässigkeit der Freihandvergabe an die Beschwerdegegnerin nicht darzutun. Sie gestehe selbst ein, keine «detaillierten Überlegungen» zu einem allfälligen Wechsel von SAP in ein neues Produktuniversum einer oder mehrerer Anbieterinnen angestellt zu haben. Damit sei erstellt, dass weder eine Auseinandersetzung mit den technischen Anforderungen noch mit dem Anbietermarkt erfolgt sei. Die Vergabestelle habe den Beschaffungsgegenstand in unzulässiger Weise so eng festgelegt, dass letztlich nur die Beschwerdegegnerin für den Zuschlag in Frage käme, obwohl es offensichtlich substituierbare Leistungen und technische Alternativen gäbe. So sei ein hybrider Ansatz unter Beizug mehrere Anbieterinnen möglich, bei dem das zentrale ERP weiterhin bis zum Wartungsende im Jahr 2040 als On-Premises-Lösung und SAP PO sowie Solution Manager bzw. deren Nachfolgeprodukte CPIS sowie SAP Cloud ALM als SaaS-Lösungen betrieben würden.

I.
Mit Eingabe vom 6. Mai 2024 reichte der Vertreter der Beschwerdeführerin eine Kostennote ein.

J.
Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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).

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»).

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.

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.

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.).

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).

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).

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).

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

2.

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.

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.).

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.

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.

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.

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.»

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. (…)»

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 vl], S. 2; S. 42) geht hervor, dass in Zukunft die cloudbasiert 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.

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.

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.

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).

2.12 Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist deshalb zu bejahen.

3.

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 rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

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).

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.

3.4 Auf die vorliegende Beschwerde ist deshalb einzutreten.

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.

5.

5.1 Bei der Bedarfsermittlung, der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht eingreift (vgl. Art. 56 Abs. 3 BöB). Die Vergabebehörde 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).

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 Auftragsspezifikationen vorbehältlich 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).

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.).

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).

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 Ausnahmevorschrift 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»).

6.

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 wegfalle 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.

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 Ausnahmevorschrift 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).

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.

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.

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 rechtsgenüglich 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.

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 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 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).

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.

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).

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.

8.

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]).

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.

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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

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

3.
Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich Eva Kälin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 29. Juli 2024

Zustellung erfolgt an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 269668; Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)