

Claudia Schneider Heusi / Laura Mazzariello

Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung

Mit Urteil vom 11. März 2011 hat das Bundesgericht die Beschwerde von Open Source Anbietern im Zusammenhang mit einem vom Bund an Microsoft vergebenen Direktauftrag für die Weiterführung und Pflege von Software-Lizenzen abgewiesen. Die Autorinnen befassen sich mit der Frage, ob Vergabestellen aufgrund dieses Urteils in Zukunft sämtliche bestehende Software auf unbegrenzte Zeit beliebig erweitern und ausbauen können. Sie setzen sich dabei mit den Themen der Legitimation zur Beschwerdeführung, der Beweislastverteilung bei Freihandvergaben und der Korrektur von früheren Strategieentscheiden von Vergabestellen auseinander.

Rechtsgebiet(e): Vergaberecht; Öffentliches Recht; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Claudia Schneider Heusi / Laura Mazzariello, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in: Jusletter 23. Mai 2011

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkung
 - II. Sachverhalt
 - III. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und das Urteil vom 6. Juli 2010
 1. Das Verfahren
 2. Das Urteil vom 6. Juli 2010
 - IV. Das Urteil des Bundesgerichts vom 11. März 2011
 - V. Bemerkungen
 1. Die Legitimation
 2. Die ausnahmsweise freihändige Vergabe wegen technischen Besonderheiten des Auftrags und die Beweislastverteilung
 3. Keine Korrektur von (fehlerhaften) früheren Strategieentscheiden?
 - VI. Fazit
- Abkürzungsverzeichnis

I. Vorbemerkung

[Rz 1] Anlass zu den nachfolgenden Ausführungen gibt das aktuelle Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011, welches zur Publikation vorgesehen ist. Nach einer kurzen Erläuterung des Sachverhalts, der zu diesem Entscheid führte, stellen wir die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts sowie des Bundesgerichts vor. In den Bemerkungen setzen wir uns insbesondere kritisch mit den Themen der Legitimation und der Beweislastverteilung bei Direktvergaben auseinander und befassen uns mit der Frage, ob und weshalb frühere Strategieentscheide von Vergabestellen korrigiert werden können und müssen.

II. Sachverhalt

[Rz 2] Seit Anfang der 90er Jahre bezog die Bundesverwaltung in regelmässigen Abständen bei Microsoft Software für Computer und für einen Teil der Server. Die entsprechenden Vergaben wurden nicht öffentlich publiziert.

[Rz 3] Im Februar 2009 erteilte das BBL im freihändigen Verfahren den Lieferauftrag für die Verlängerung der Lizenzen für den standardisierten Arbeitsplatz Bund und die darauf aufbauenden Anwendungen (Clientis und Server) sowie die Wartung und den Third Level Support an die Microsoft Ireland Operations Ltd. Am 5. März 2009 schlossen die Parteien rückwirkend per 1. Januar 2009 den Vertrag für diese Lieferungen.

[Rz 4] Der freihändig erteilte Zuschlag wurde am 1. Mai 2009 im SHAB publiziert. Am 20. Mai 2009 erhoben 18 OSS-Anbieterinnen Submissionsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragten, die Verfügung sei aufzuheben und das BBL sei zu verpflichten, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen. In prozessualer Hinsicht verlangten sie, der Beschwerde sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Fünf Tage zuvor hatte das BBL bereits eine Schutzschrift beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht, wonach ein allfälliges Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung abzuweisen sei.

III. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und das Urteil vom 6. Juli 2010¹

1. Das Verfahren

[Rz 5] Der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts verfügte mit superprovisorischer Anordnung am 27. Mai 2009, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung insoweit erteilt werde, als sich das Gericht einstweilen vorbehalte, die angefochtene Verfügung und damit den Zuschlag aufzuheben. Das BBL wurde aber gleichzeitig ermächtigt, Leistungen, die für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Informatik erforderlich sind, vorläufig weiterhin bei der Microsoft Ireland Operations Ltd. zu beziehen.

[Rz 6] Mit Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung unter dem Vorbehalt, dass der angefochtene Zuschlag aufgehoben werde, selbst wenn der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bereits abgeschlossen worden sei. Ohne zur Frage abschliessend Stellung zu nehmen, hielt es fest, dass die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrags nicht ohne Rücksicht auf die vergaberechtliche «Vorordnung des Vertragsschlusses» beurteilt werden und der Vergaberichter den Zuschlag auch im freihändigen Verfahren unter Umständen aufheben könne. Gleichzeitig wies es die Begehren der Beschwerdeführerinnen, wonach vorab Feststellungen zur Gültigkeit des Vertrages zu treffen und Einschränkungen im Vertragsvollzug anzuordnen seien, ab.²

[Rz 7] Nachdem die Parteien infolge Vergleichsverhandlungen die Sistierung des Verfahrens beantragt hatten, wurde das Verfahren am 10. Dezember 2009 wieder aufgenommen und der Schriftenwechsel in der Hauptsache einstweilen auf die Eintretensfrage beschränkt. Darauf erklärten 7 Beschwerdeführerinnen den Rückzug der Beschwerde.

2. Das Urteil vom 6. Juli 2010

[Rz 8] Mit Urteil vom 6. Juli 2010 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde insofern nicht ein, als die Beschwerdeführerinnen beantragt hatten, es sei eine rechtskonforme Ausschreibung durchzuführen. Ein solches Begehren verlasse gemäss Bundesverwaltungsgericht den Regelungsgehalt der angefochtenen Verfügung und damit den möglichen Streitgegenstand.

[Rz 9] Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte demnach einzig, ob die Vergabestelle berechtigt war, den Zuschlag freihändig an Microsoft zu vergeben. Es erwog dazu, dass die materielle Beschwer und damit die Legitimation bei

¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 6. Juli 2009.

² BVGE 2009/19 E. 7.2.

Beschwerden gegen Freihandvergaben davon abhängen, ob es sich bei den Beschwerdeführerinnen um «potentielle Anbieterinnen» der nachgefragten Leistung handle.³

[Rz 10] Für das Vergaberecht leitete das Bundesverwaltungsgericht in der Folge aus der in der Praxis und Lehre entwickelten Konkurrenzbeschwerde ab, zur Bejahung der Legitimation sei zu verlangen, dass eine Beschwerdeführerin ein eigenes Interesse am konkreten Auftrag, der Gegenstand der staatlichen Beschaffung bilde, darlegen könne. Zudem müsse sie aufzeigen, dass die von ihr als widerrechtlich gerügte Freihandvergabe sie um die Chance gebracht habe, die staatlich nachgefragte Leistung zu erbringen. Laut Bundesverwaltungsgericht ist somit die Beschwerdelegitimation mit Blick auf den im konkreten Fall massgebenden Beschaffungsgegenstand der angefochtenen Freihandvergabe zu beurteilen; dieser definiere den relevanten Markt für die Beurteilung der Stellung als potentielle Anbieterin. Bei der Freihandvergabe bestimme sich der Beschaffungsgegenstand daher aufgrund des von der Auftraggeberin direkt vergebenen Auftrags.⁴

[Rz 11] Im vorliegenden Fall setzte sich der Beschaffungsgegenstand aus einem Bündel unterschiedlicher Leistungen (von Support-Dienstleistungen über die Software-Pflege im Sinne der Weiterentwicklung bestehender Programme bis zum Erwerb neuer Software-Lizenzen) zusammen, wobei sämtliche dieser Leistungen an der bestehenden Informatikumgebung des Bundes anknüpften. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, es handle sich somit um eine Weiterführung und Ergänzung von Informatiksystemen auf einer bestehenden Plattform und nicht um eine grundsätzliche Änderung der Informatikstrategie. Die Beschwerdeführerinnen – so das Bundesverwaltungsgericht – verstehen ihre OSS-Lösungen weder als Weiterführung noch als Ergänzung des bestehenden Informatiksystems des Bundes, sondern als eigentliche Alternative der gesamten Bürokommunikation und somit als eigentlichen Strategiewechsel bei der Bundesinformatik⁵. Mit ihrer Beschwerde hätten sie am Beschaffungsgegenstand vorbeigezielt, zumal das Beschaffungsrecht keinen Anspruch darauf gewähre, einen früher getroffenen Strategieentscheid bei jeder Beschaffung, die auf dieser Strategie beruhe, aus Neue überprüfen zu lassen.⁶ Laut Bundesverwaltungsgericht entspreche es dem Gebot des haushälterischen Umgangs mit den öffentlichen Mitteln, bestehende, funktionsfähige Güter weiter zu nutzen. Zudem sei es keine rechtskräftige Einschränkung des

Beschaffungsgegenstandes, wenn die Vergabestelle die bestehende Informatik-Umgebung weiterführen wolle.⁷

[Rz 12] Die Beschwerdeführerinnen seien – so das Bundesverwaltungsgericht – nicht in der Lage oder nicht Willens gewesen – die Leistungen gemäss dem vom BBL vorgegeben Leistungsinhalt zu erbringen, weshalb sie nicht als potentielle Anbieterinnen anzusehen seien.⁸ Das Bundesverwaltungsgericht trat im Ergebnis auf die Beschwerde nicht ein. Die Beschwerdeführerinnen erhoben am 7. Oktober 2010 gegen diesen Entscheid Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht.

IV. Das Urteil des Bundesgerichts vom 11. März 2011

[Rz 13] Das Bundesgericht wies in seinem Urteil Nr. 2C_783/2010 die Beschwerde ab und bestätigte den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid des Bundesverwaltungsgerichts.

[Rz 14] Das Bundesgericht bejahte einleitend das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG. Weiter hielt es zunächst fest, dass die Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen⁹ zulässig sei, wenn geltend gemacht werde, die Vergabe hätte nicht freihändig erfolgen dürfen.¹⁰

[Rz 15] Streitig vor Bundesgericht war sodann, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Recht die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen im angefochtenen Entscheid verneint hatte.

[Rz 16] Das Bundesgericht erwog vorab, dass legitimiert nur sein könne, wer das angebotene Produkt angeboten habe; wer ein anderes Produkt offerieren wolle, sei nicht zur Beschwerde legitimiert.¹¹ Nur potentielle Anbieterinnen des von der Vergabestelle definierten Beschaffungsgegenstands können – so das Bundesgericht – eine Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe führen.¹² Dabei müsse beschwerdeweise überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands rechtmässig sei¹³; die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstands werde damit vorfrageweise von Bedeutung für die Frage, wer überhaupt

³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 6. Juli 2010 E. 3.2.1.

⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 3.2.6 f.

⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.2.

⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.3.

⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.5.

⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.6.

⁹ BöB vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011, E. 2.3.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011, E. 3.3.1.

¹² Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011, E. 3.3.2.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011, E. 3.3.2.

aufgrund des angebotenen Produkts legitimiert sei, Beschwerde zu erheben.¹⁴

[Rz 17] Das Bundesgericht hielt zum Beschaffungsgegenstand fest, die Beschwerdeführerinnen hätten nicht ausreichend und substantiiert dargetan, dass sowohl funktional als auch wirtschaftlich angemessene Alternativen bestünden, die sie als konkrete Lösung anbieten.¹⁵ Es reiche nicht aus, wenn die Beschwerdeführerinnen eine Liste einreichen, in welcher sie die allgemeine Funktionalität der Produkte darstellten und in genereller Weise alternative Open Source-Lösungen aufzeigen würden.¹⁶ Der Nichteintretensentscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei deshalb nicht zu beanstanden.

V. Bemerkungen

[Rz 18] Nicht alle Tätigkeiten einer Auftraggeberin sind dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt. Zu prüfen ist in einem ersten Schritt immer zuerst der Geltungsbereich, das heisst zum einen, ob die Auftraggeberin an sich eine dem jeweiligen Beschaffungsrecht unterstellte Vergabestelle ist¹⁷ und zum anderen, inwiefern es sich um einen Einkauf von Leistungen handelt, der vom objektiven Geltungsbereich der jeweiligen Beschaffungsgesetzgebung erfasst wird.¹⁸ Unter öffentlichem Beschaffungswesen versteht man den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Mitteln durch die der Gesetzgebung unterstellten Auftraggeberinnen, die diese zu ihrer Aufgabenerfüllung benötigen. Mit anderen Worten geht es um die Einkäufe der dem Vergaberecht unterstellten Auftraggeberinnen, die diese auf dem freien Markt gegen Entgelt beschaffen.

[Rz 19] Der häufig schwierig zu definierende Geltungsbereich war bei der strittigen IT-Beschaffung des BBL aber kein Thema. Dass die Vergabe der massgebenden Bundesbeschaffungsgesetzgebung unterstand, war unstrittig.¹⁹ Wird der Anwendungsbereich der Submissionsgesetzgebung bejaht, so sind die jeweiligen Vorschriften einzuhalten. Dies bedeutet auch, dass ab bestimmten Schwellenwerten Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden müssen und der Markt für potentielle Anbieterinnen zu öffnen ist. Diese Werte sind für die Auftragsarten Bau-, Dienstleistungen und Lieferungen

unterschiedlich hoch. IT-Beschaffungen von Bundesvergabestellen sind je nach ihrer Qualifikation als Lieferung oder Dienstleistungen über den Auftragswerten von CHF 230'000.– öffentlich auszuschreiben.²⁰

[Rz 20] Freihändige Vergaben, bei denen die Auftraggeberin eine einzelne Anbieterin berücksichtigen darf, sind für Bundesbeschaffungsstellen nur bis zu den folgenden Auftragswerten möglich:

- Lieferaufträge bis CHF 50'000.
- Bau- und Dienstleistungsaufträge bis CHF 150'000.²¹

[Rz 21] Direktvergaben über diesen Werten bilden die Ausnahmen: sie haben sich auf Ausnahmetatbestände für freihändige Vergaben abstützen. Massgebend dafür sind die im Bund bzw. jeweiligen Kanton geltenden Rechtsgrundlagen. Diese basieren auf dem GATT/WTO-Übereinkommen GPA²², mit den darin in Art. XV.1 geregelten Ausnahmetatbeständen der freihändigen Vergabe. Diese wurden weitgehend unverändert in das schweizerische Recht integriert.²³ Nach diesen Bestimmungen kann ein Auftrag unter bestimmten Voraussetzungen unabhängig vom Wert direkt und ohne vorgängige Veröffentlichung freihändig vergeben werden.

[Rz 22] Das BBL scheint auf den ersten Blick vorliegend in seinem Vorgehen vom Bundesverwaltungsgericht und vom Bundesgericht geschützt worden zu sein. Bedeutet das Urteil nun im Ergebnis, dass Vergabestellen künftig sämtliche bestehende Software – sei sie nun von Microsoft, SAP, Oracle oder sonst einer Anbieterin – auf unbegrenzte Zeit beliebig erweitern und ausbauen können?²⁴ Um diese Frage beantworten zu können, sind drei Themenkreise näher zu prüfen:

1. Die Legitimation

[Rz 23] Ob zu Unrecht keine öffentliche Ausschreibung durchgeführt worden ist, muss in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden können.²⁵ Die Beschwerdebefugnis einer möglichen Anbieterin hing bis zum vorliegenden Entscheid grundsätzlich davon ab, ob sie einerseits in der Lage war, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011, E. 3.3.3.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011, E. 3.5.2. und E. 3.6.1.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011, E. 3.6.2.

¹⁷ Vgl. dazu HUBERT STÖCKLI, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberichts, in: *Aktuelles Vergaberecht 2008*, ZUFFEREY/STÖCKLI (Hrsg.), RZ 7ff.

¹⁸ BGE 125 I 209; MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberichts, in: *Aktuelles Vergaberecht 2008*, ZUFFEREY/STÖCKLI (Hrsg.), RZ 12.

¹⁹ Vorliegend ist das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1 sowie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11 massgebend.

²⁰ Art. 6 Abs. 1 lit. d BöB (FN 19).

²¹ Art. 36 Abs. 2 lit. b und c VöB. Zu den Schwellenwerten der kantonalen Vergabestellen vgl. Art. 7 Abs. 1 bis und Anhang 2 IVöB, Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001.

²² GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA]; SR 0.632.231.422).

²³ Für die Kantone dienten dabei die sogenannten Vergaberichtlinien VRöB als Mustervorlage.

²⁴ Fragestellung zitiert aus Blog «Digitale Nachhaltigkeit» unter www.digitale-nachhaltigkeit.ch.

²⁵ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, RZ. 868.

ob sie andererseits ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft machen konnte.²⁶

[Rz 24] Das Bundesgericht hat die Voraussetzungen an die Legitimation nun beachtlich erhöht. Legitimiert sei nur, wer ein Produkt anbiete, das bei rechtmässiger Ausschreibung Beschaffungsgegenstand sein könnte, nicht aber, wer geltend mache, ein davon verschiedenes Produkt anbieten zu wollen.²⁷

[Rz 25] Damit wird die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands doppelrelevant.²⁸ Denn aus dem Bundesgerichtsentscheid ist zu schliessen, dass die Beschwerdeführerinnen mit Einreichung der Beschwerde den von der Vergabestelle definierten Beschaffungsgegenstand bereits detailliert kennen müssen. Grundsätzlich hat im Vergaberecht die Vergabestelle in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen den Beschaffungsgegenstand und die auf das konkrete Geschäft zur Anwendung gelangenden Bedingungen zu umschreiben.²⁹ Die Vergabeunterlagen haben die benötigten Waren oder Dienstleistungen mittels eines umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschriebs zu beschreiben.³⁰

[Rz 26] Es liegt in der Natur der Sache, dass potentielle Beschwerdeführerinnen bei Freihandvergaben die Vergabeunterlagen nicht kennen, da die Vergabestelle in der Regel gar keine solchen erstellt bzw. erstellen muss.³¹ Die Beschwerdeführerinnen erhalten lediglich im Rahmen der Publikation – wenn überhaupt – summarisch Kenntnis vom Beschaffungsgegenstand und vom Grund der freihändigen Vergabe. Einer – auch allenfalls – potentiellen Anbieterin ist es daher bei Einreichung einer Beschwerde faktisch unmöglich, konkret und detailliert darzulegen, dass und inwiefern sie ein wirtschaftlich und funktional gleichwertiges Produkt anbietet, welches bei rechtmässiger Ausschreibung Beschaffungsgegenstand sein könnte. Zu diesem Zeitpunkt kennt sie den Beschaffungsgegenstand gerade noch nicht ausreichend. Zudem liegen bei IT-Beschaffungen in der Regel komplexe

Beschaffungsgegenstände vor, was eine solche Begründung der Legitimation zusätzlich erschwert.

[Rz 27] Bei zukünftigen Beschwerden gegen freihändige Vergaben müssen Beschwerdeführerinnen für die Begründung der Legitimation dennoch den Beschaffungsgegenstand so weit als möglich bereits in der Beschwerde konkret zu definieren versuchen. Eine Beschwerdeführerin sollte in der Beschwerde die vollständige Edition der Akten beantragen und sich zusätzlich vorbehalten, die Legitimation in dieser Hinsicht in der Replik noch weiter zu begründen. Sodann müssen Anbieterinnen zukünftig konkret und substantiiert darlegen, ihre angebotene Alternative entspreche funktional und wirtschaftlich der freihändig beschafften Leistung. Sie haben in der Beschwerde weiter die Substituierbarkeit der eigenen angebotenen Leistung auf die freihändig zugeschlagene Leistung aufzuzeigen. Es genügt nicht, lediglich in allgemeiner Weise festzuhalten, dass Alternativen zum Angebot denkbar sind. Vielmehr müssen die Beschwerdeführerinnen ein gleichwertiges Alternativprodukt offerieren können.

2. Die ausnahmsweise freihändige Vergabe wegen technischen Besonderheiten des Auftrags und die Beweislastverteilung

[Rz 28] Das BBL stützte seine Vergabe auf Art. 13 Abs. 1 lit. c VöB. Gemäss dieser Bestimmung, die inhaltlich mit Art. XV Ziff. 1 lit. b GPA³² übereinstimmt, kann eine Vergabestelle den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn ers- tens aufgrund der technischen Besonderheiten nur eine Anbieterin in Frage kommt und es zweitens keine angemessene Alternative gibt. Das Bundesgericht und die Vorinstanzen bejahten im Rahmen der Legitimationsprüfung ohne Weiteres das Vorhandensein der technischen Besonderheiten, da der Beschaffungsgegenstand zulässig festgelegt worden sei.³³

[Rz 29] Die Beweislast zur zweiten Voraussetzung der fehlenden angemessenen Alternative auferlegte das Bundesgericht den Beschwerdeführerinnen und nicht der Vergabestelle.³⁴ Eine Beweislastverteilung zu Lasten der Auftraggeberin stünde – so das Bundesgericht – im Widerspruch zum Wesen des Freihandverfahrens. Die Vergabestelle müsste dazu Alternativofferten einholen und «*eine Art offenes oder selektives Verfahren*» durchführen, was dem Wesen des Freihandverfahrens gerade widerspreche.³⁵

[Rz 30] Dem Wesen der Direktvergabe eigen ist allerdings, dass sie gerade nicht den gesetzlichen Regelfall darstellt. Der Nachweis, dass alle Voraussetzungen für eine Ausnahmebestimmung bei freihändigen Vergaben erfüllt sind, hat die Auftraggeberin bereits im Vergabeverfahren zu erbringen.

²⁶ Vgl. BGE 125 II 86 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5729/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 3.4; Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 9. November 2001, VB.2001.0016 und ROBERT WOLF, Freihändige Beschaffung, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, ZUFFEREY/STÖCKLI (Hrsg.), RZ 85. In einem anderen Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, die Legitimation zur Beschwerde setze voraus, dass die sich manifestierende Beschwerdeführerin überhaupt zum Kreis der potentiellen Anbieterin gerechnet werden kann, ohne diese Voraussetzung aber näher zu umschreiben, vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011 E. 3.3.2.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011 E. 3.3.2.

²⁹ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, (FN. 25.), RZ. 224.

³⁰ Vgl. dazu die Bestimmungen Art. 16 Abs. 1 VöB i.V.m. Ziffer 3 lit. b und Ziffer 10 des Anhangs 4 zur VöB, Art. 18 Abs. 1 lit. b VöB.

³¹ Art. XC.1 GPA (FN 22) bestimmt, dass die entsprechenden Bestimmungen zur Ausschreibung und zu den Ausschreibungsunterlagen bei freihändigen Vergaben nicht anwendbar sind.

³² GATT/WTO-Übereinkommen GPA (FN 22).

³³ Dazu vgl. die Bemerkungen nachfolgend unter Ziff. 30.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011 E. 3.5.2.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011 E. 3.5.2.

Zudem hat sie ihren Entscheid intern zu dokumentieren und auf Nachfrage auch gegenüber einem potentiellen Anbieter zu begründen.³⁶ Die Rollenverteilung im Submissionsrecht besteht darin, dass die Vergabestelle nachzuweisen hat, dass die Voraussetzungen, auf die sie sich beruft, erfüllt sind.³⁷ Sie hat die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen zu tragen. Dabei muss es inskünftig auch bleiben. Es ist nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht mit dem stark durch prozessuale Fragen geprägten Entscheid eine generelle Umkehr der Beweislast als Regelfall für künftige ausnahmsweise freihändige Vergaben statuieren wollte.

[Rz 31] Weshalb es Vergabestellen zudem bei Beschaffungsvorhaben mit technischen Besonderheiten grundsätzlich nicht möglich sein soll, ein offenes Verfahren durchzuführen, ist nicht einsehbar. Zumindest ist eine Konkurrenzofferte einzuholen, um abzuklären, wie die Marktsituation ist. Bereits das Vorhandensein einer möglichen anderen Anbieterin auf dem Markt, die den Auftrag – möglicherweise mit Mehraufwendungen oder einem teureren Angebotspreis – erfüllen kann, bedeutet an sich bereits, dass eine Alternative besteht³⁸, die mit der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens zu prüfen ist.³⁹ Möglicherweise kann eine solche Ausschreibung sogar zu einem besseren Ergebnis als eine Freihandvergabe führen, bei der keine Konkurrenzpreise vorliegen und sich die Vergabestelle unter Umständen in eine – weitere – Abhängigkeit zu einer Anbieterin begibt. Führt die Ausschreibung dann tatsächlich dazu, dass gar keine Angebote oder solche von ungenügend geeigneten Anbieterinnen eingereicht werden, so ist die Vergabestelle zur freihändigen Zuschlagserteilung gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. a, allenfalls auch lit. b VöB⁴⁰ berechtigt.

3. Keine Korrektur von (fehlerhaften) früheren Strategieentscheiden?

[Rz 32] Das Bundesgericht wie auch die Vorinstanz bejahen – wiederum nur im Rahmen der Legitimationsprüfung – die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstands damit, dass ein grundlegend neues Informatiksystem nicht dem Bedürfnis der Vergabestelle entspreche. Der Entscheid des BBL – so das Bundesgericht –, die bestehende Informatikumgebung weitzunutzen zu wollen, sei nicht rechtswidrig.⁴¹ Wettbewerbsrechtliche Aspekte prüfte das Bundesgericht sodann nicht, da «es nicht Sache des Beschaffungsrechts

ist, stellvertretend für die Wettbewerbsbehörden das Wettbewerbsrecht durchzusetzen.»⁴²

[Rz 33] Das Vergabe – wie auch das Kartellrecht – dienen dem Schutz des Wettbewerbs.⁴³ Ob wettbewerbliche Aspekte wie mögliche kartellrechtswidrige Verhaltenweisen nicht vorfrageweise hätten geprüft werden müssen, ist fraglich. Indessen ist bereits vergaberechtlich bei einer Freihandvergabe relevant und zu prüfen, ob eine frühere und möglicherweise unzulässige Beschaffungsstrategie dazu führt, dass ein Markt (weiter) abgeschottet wird und anderen potentiellen Anbieterinnen nicht mehr offen steht.

[Rz 34] Aus Sachzwängen können sich langjährige Abhängigkeiten von einer Anbieterin ergeben, die den Wettbewerb faktisch verunmöglichen.⁴⁴ Auch wenn mit den Mitteln des Vergaberechts diese Verstrickungen und allenfalls kartellrechtliche unzulässige Verhaltensweisen nur begrenzt lösbar sind,⁴⁵ bedeutet dies nicht, dass eine einmal von einer Auftraggeberin eingeschlagene Beschaffungsstrategie nicht mehr korrigiert werden kann und muss.

[Rz 35] Eine langjährige Zusammenarbeit der Vergabestelle mit einer Anbieterin stellt keinen Grund dar, dass die Leistungen nicht mehr ausgeschrieben werden sollen und der Beschaffungsgegenstand nicht periodisch zu überprüfen ist. Der Rückgriff auf einen einmal ausgewählten ursprünglichen Anbieter muss zwingend und nicht aufgrund blosser Sachzwänge geboten sein.⁴⁶ Zusätzliche Aufwendungen, höhere Kosten, mehr Zeitbedarf bei einem Wechsel einer Anbieterin oder eines Produkts sind in aller Regel unzureichende Gründe für eine freihändige Vergabe. Anderen Anbieterinnen muss die Chance eingeräumt werden, auf dem Markt Fuss fassen und für ihre Leistungen oder ihr Produkt auch Referenzobjekte erlangen zu können. Insbesondere sind deshalb Daueraufträge zeitlich zu begrenzen.⁴⁷ So schreibt neu Art. 15a Abs. 1 VöB vor, dass ein Vertrag grundsätzlich für höchstens fünf Jahre abgeschlossen werden darf.⁴⁸ Zum Zeitpunkt der fraglichen Vergabe war diese Bestimmung zwar noch nicht in Kraft, zeigt aber, dass das Vergaberecht keine «ewigen» Verträge und Verhältnisse duldet. Es sind weiter der Umfang der zu beschaffenden Zusatzleistung und ihr prozentualer Anteil am bestehenden Grundauftrag mit in Betracht zu ziehen und es ist ein angemessenes Verhältnis von Erst- und Folgebeschaffung zu wahren. Entscheidend ist ebenfalls, ob die zu ergänzende bzw. zu erweiternde Leistung seinerzeit in

³⁶ Zur Begründungspflicht vgl. Art. 13. Abs. 2 VöB und Art. 23 Abs. 1 BöB sowie ROBERT WOLF (FN 26), RZ 73.

³⁷ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC (FN. 25) RZ. 160.

³⁸ Vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 13. September 2006, VB.2005.00557, E. 5.2.2.

³⁹ ROBERT WOLF (FN 26) RZ. 23.

⁴⁰ Vgl. auch Art. XV Ziff. 1 lit. a GPA (FN 22).

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011 E. 3.4.

⁴² Urteil des Bundesgerichts 2C_783/2010 vom 11. März 2011 E. 3.7.

⁴³ MARTIN BEYELER, (FN 18), RZ. 82.

⁴⁴ POLEDNA/DO CANTO, IT-Beschaffungen des Bundes: Freihändige Vergabe mit gebundenen Händen, Jusletter 18. Mai 2009, RZ. 26.

⁴⁵ ROBERT WOLF, (FN 26), RZ. 24.

⁴⁶ Vgl. dazu auch die Bestimmung von 13 Abs. 1 lit. c VöB sowie ROBERT WOLF, (FN 26), RZ. 39.

⁴⁷ Vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Juli 2008, VB.2008.00111.

⁴⁸ In Kraft seit dem 1. Januar 2010.

einem rechtskonformen öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben oder ob eine Reihe von freihändigen Vergaben unzulässigerweise «aneinander gekettet» werden.⁴⁹

VI. Fazit

[Rz 36] Aus dem von prozessualen Themen und dem Sonderfall einer komplexen IT-Beschaffung geprägten Microsoft-Entscheid können keine allgemein gültigen Regeln für freihändige Beschaffungsvorhaben abgeleitet werden. Im Ergebnis hat es u.E. dabei zu bleiben, dass Ausnahmebestimmungen für freihändige Vergaben grundsätzlich restriktiv anzuwenden sind und dafür zwingende sachliche Gründe vorhanden sein müssen. Mögliche *Beweggründe* für eine Direktvergabe sind zu unterscheiden vom Vorliegen eines *rechtlich anerkannten Grundes*. Nur im letzteren Fall kann die Vergabestelle bei dessen Vorliegen unter Ausschluss der Konkurrenz mit dem Beauftragten direkt kontrahieren.⁵⁰ Die Vergabestelle trägt weiterhin die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise freihändige Vergabe gegeben sind.

[Rz 37] Weiterhin offen ist das zivilrechtliche Schicksal des auf einer vergaberechtlich unzulässigen Grundlage verfrüht abgeschlossenen Vertrags. Das Bundesverwaltungsgericht hat im erwähnten Zwischenentscheid vom 2. Juli 2009⁵¹ festgehalten, dass bei der freihändigen Beschaffung ein bereits abgeschlossener Vertrag das Gericht nicht daran hindere, den Zuschlag im Beschwerdeverfahren aufzuheben. Die zivilrechtliche Geltung des Vertrages hange grundsätzlich vom Ergebnis des Beschwerdeverfahrens ab.⁵² Zu dieser Frage mussten sich nun weder das Bundesverwaltungs- noch das Bundesgericht äussern. Das Risiko, dass eine vergaberechtliche Beschwerdeinstanz in einem künftigen Fall bei Gutheissung einer Beschwerde der öffentlichen Auftraggeberin mit Bezug auf einen ohne entsprechende Erlaubnis abgeschlossenen Vertrag Anweisungen zu dessen Auflösung erteilt, besteht weiterhin.⁵³

Abkürzungsverzeichnis

BBL = Bundesamt für Bauten und Logistik BÖB = Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16.

Dezember 1994, SR 172.056.1 SHAB = Schweizerisches Handelsamtsblatt OSS = Open-Source Software u.E. = unseres Erachtens RZ = Randziffer vgl. = vergleiche VöB = Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11.

Lic. iur. Claudia Schneider Heusi, L.L.M, Fachanwältin SAV für Bau- und Planungsrecht und MLaw Laura Mazzariello sind Rechtsanwältinnen bei Schneider Rechtsanwälte AG in Zürich.

* * *

⁴⁹ Grundlegend dazu der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 13. September 2006, VB. 2005.00557.

⁵⁰ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, (FN 25), RZ. 208; Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. Oktober 2008, VB2008/70, und des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 13. September 2006, VB.2005.00557, sowie vom 17. Februar 2000, VB.1999.00106 und des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau in AGVE 2001, S. 314 ff.

⁵¹ BVGE 2009/19.

⁵² BVGE 2009/19 E. 7.2.

⁵³ MARTIN BEYELER, «Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? – Ein Vorschlag, der die Mitte sucht» in AJP 9/2009, S. 1147ff und S.1159; vgl. auch ROBERT WOLF (FN 26) RZ. 91.