



Generalsekretariat
Kompetenzzentrum Beschaffung

Verschärfung der Voraussetzungen für freihändige Vergabe aus technischen Gründen – Bundesgericht gibt die Microsoft-Rechtsprechung von BGE 137 II 313 auf

Zur Erinnerung: Der Bund hatte im Jahr 2009 einen Lieferauftrag für die Verlängerung von Software-Lizenzen für den standardisierten Arbeitsplatz Bund freihändig an Microsoft vergeben, weil aus technischen Gründen nur Microsoft in Frage komme. Das Bundesverwaltungsgericht war nicht auf die Beschwerde von elf Open-Source-Software-Anbietern eingetreten, die ein rechtskonformes Vergabeverfahren gefordert hatten. Das Bundesgericht hatte die dagegen erhobene Beschwerde am 11. März 2011 abgewiesen, weil die Beschwerdelegitimation nur den potenziellen Anbietern des von der Vergabestelle definierten Beschaffungsgegenstandes zustehe. Um die Einschränkung des Beschaffungsgegenstands auf Microsoft-Produkte beanstanden zu können, hätten die Anbieter konkret ein Alternativprodukt anbieten und dessen funktionale und wirtschaftliche Gleichwertigkeit darlegen müssen. Dieser Entscheid wurde kritisiert, weil damit die Beweislast zu Gunsten der Auftraggeberin umgekehrt worden war.

Im französischsprachigen, zur Publikation als BGE vorgesehenen Entscheid 2C_50/2022 vom 7. November 2023 in einem Waadtländer Fall gibt das Bundesgericht diese Microsoft-Rechtsprechung teilweise wieder auf und erhöht damit die Hürde für eine freihändige Vergabe aus technischen Gründen. Der Kanton VD hatte den Auftrag für die Totalerneuerung einer Software für das Strassenverkehrsamt und die weitere Zusammenarbeit 2022 bis 2034 mit einem Volumen von rund 46 Mio. Franken an die bisherige Anbieterin vergeben und den Zuschlag ohne Begründung publiziert. Erst auf Anfrage einer Konkurrentin wurde begründet, ein Wechsel sei aus technischen und wirtschaftlichen Gründen ausgeschlossen (von SaaS zurück zu on premise, Anpassung der Prozesse und Schnittstellen, 35% Mehrkosten). Das Kantonsgericht hob den Zuschlag auf und wies die Verwaltung an, ein ordentliches Vergabeverfahren durchzuführen. Dagegen wiederum gelangte die Zuschlagsempfängerin ans Bundesgericht, das die Beschwerde abweist.

Das Bundesgericht setzt sich mit der Kritik an seinem Microsoft-Entscheid auseinander und stellt fest, dass die überwiegende Lehre und auch einige kantonale Gerichte dieser Praxis nicht gefolgt seien (E. 5.7.2). Der Microsoft-Entscheid habe bezüglich Beweislast die Besonderheiten der Vergabeverfahren aus den Augen verloren (E. 5.9.1). Die Auftraggeberin sei verpflichtet, die Anforderungen in transparenter und wettbewerbsorientierter Weise festzulegen und technische Spezifikationen objektiv zu bestimmen. Zweitens solle die freihändige Vergabe nur restriktiv angewendet werden, weil sie die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen und Diskriminierungen zwischen potentiellen Anbieterinnen mit sich bringe. Art. 56 Abs. 5 der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen halte fest, dass zur Anfechtung einer freihändigen Vergabe legitimiert sei, wer nachweise, dass er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen könne und wolle, ohne nachweisen zu müssen, dass diese Leistungen adäquat seien. Somit sei die Microsoft-Rechtsprechung bewusst nicht kodifiziert worden (E. 5.9.2). Die im Microsoft-Entscheid aufgestellte Regel zur Beweislastverteilung stehe überdies im Widerspruch zu den internationalen Verpflichtungen der Schweiz und zum europäischen Recht, auf dem das schweizerische Recht beruhe. Nach der Rechtsprechung des EugH trage diejenige Person, die sich auf eine Ausnahmeregelung berufe die Beweislast dafür, dass diese aussergewöhnlichen Umstände, die eine solche Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen (E. 5.9.3). Zusammengefasst sei von der öffentlichen Auftraggeberin, die einen öffentlichen Auftrag ohne Ausschreibung vergeben



wolle, zu verlangen, dass sie die Notwendigkeit des freihändigen Verfahrens oder das Fehlen wirtschaftlich und funktionell angemessener Alternativen nachweisen müsse. Folglich sei die Microsoft-Rechtsprechung aufzugeben und der öffentlichen Auftraggeberin die Beweislast aufzuerlegen (E. 5.9.4). Die beschwerdeführende Anbieterin auf der anderen Seite könne sich bei der Anfechtung der freihändigen Vergabe darauf beschränken, glaubwürdig und plausibel zu behaupten, potenzielle Erbringerin der fraglichen Leistung zu sein (E. 5.10).

Aus dem angefochtenen Urteil ergebe sich, dass die Auftraggeberin die freihändige Vergabe vor allem damit begründet habe, dass das Produkt der bisherigen Anbieterin ihren Erwartungen entsprochen habe, während sie im Fall einer Änderung der IT-Lösung Bedenken geäussert habe. Diese Gesichtspunkte könnten jedoch nicht belegen, dass es keine andere Anwendung gebe, die in der Lage wäre, den tatsächlichen Bedarf der Auftraggeberin zu decken. Die Auftraggeberin habe keine konkrete Analyse anderer IT-Lösungen vorgenommen (E. 6.3). Für die Feststellung der Gesetzeskonformität der freihändigen Vergabe im vorliegenden Fall sei es unerheblich, ob die andere Anbieterin auf Grund der Nachteile, die sich aus den technischen Besonderheiten ihrer Anwendung ergeben, den Auftrag in einem offenen Vergabeverfahren überhaupt erhalten könnte. Es gehe nur darum, zu prüfen, ob keine andere Anwendung als die neue Version der bisherigen Anbieterin in der Lage sei, die Bedürfnisse des Waadtländer Strassenverkehrsamtes in funktionaler und wirtschaftlicher Hinsicht zu erfüllen. Ob die andere Anbieterin ein schlechteres Produkt anbiete, werde im Rahmen des offenen Vergabeverfahrens zu ermitteln sein (E. 6.4).

Fazit: Vor einer auf Art. 21 Abs. 2 Bst. c IVöB gestützten freihändigen Vergabe muss sich die Auftraggeberin immer konkret und detailliert mit möglichen Alternativen auseinandersetzen. Wenn es auch nur eine Alternative gibt, welche die Bedürfnisse in funktionaler und wirtschaftlicher Hinsicht erfüllen könnte, ist der Auftrag auszuschreiben. Dass auf Grund eines Produktwechsels mit erheblichen Mehrkosten zu rechnen wäre, macht die Alternative nicht unangemessen. Vom vorliegenden Entscheid nicht berührt ist die freihändige Vergabe gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. e IVöB, wenn ein Wechsel der Anbieterin für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist. Hier ist allerdings zu beachten, dass der Grundauftrag korrekt vergeben worden sein muss und dass der kumulierte Wert der Folgeaufträge den Wert des Grundauftrags nicht übersteigen sollte. Damit ist insbesondere bei IT-Lösungen deren praktisch endloser Weiterbetrieb nicht mehr möglich. Auch als strategisch bezeichnete Produkte müssen nach Einlösung von ausgeschriebenen und vergebenen Optionen und nach Ausschöpfung des Volumens für allfällige Folgeaufträge regelmässig neu ausgeschrieben werden, es sei denn, es gebe nachweislich keine Alternative.