

# Die freihändige Vergabe von IT-Leistungen: Die sogenannte „Microsoft“- Rechtsprechung ist in einem wichtigen Punkt Geschichte

Marc Steiner,  
Richter am Bundesverwaltungsgericht\* und BFH-Dozent

\*Der Referent vertritt seine persönliche Meinung.

# Struktur der Präsentation

- Äusserung des Bedauerns, dass diese Keynote nicht die Vergaberechtsreform zum Gegenstand hat
- Prämissen des neuen Rechts zur freihändigen Beschaffung (Art. 21 BöB)
- Analyse der Rechtsprechung, insbesondere von BGE 150 II 105 «Services des automobiles et de la navigation»

# Litauen 2018 / Ukraine 2022: Was ist die Qualität von Gas?



**COBALT**  
ESTONIA LATVIA LITHUANIA BELARUS

**VIEŠŪJŲ PIRKIMŲ  
KONFERENCIJA 2018**  
Efektyvūs viešieji pirkimai:  
kaip tai užtikrinti?

2018 m. gegužės 10 d.  
09:00 - 16:00 val.  
„Vilnius Grand Resort“ Ežeraičių g.2, Vilniaus raj.

**DR. DEIVIDAS  
SOLOVEIČIK**  
COBALT



**MARC STEINER**  
Šveicarijos federalinis  
administracinis teismas

**DIANA VILYTĖ**  
Viešųjų pirkimų  
taryba



# Strategische Landkarte

- Vergaberechtsreform
- Kreislaufwirtschaftsvorlage (mit ökologischen technischen Spezifikationen als default-Lösung auf Bundesebene; Art. 30 Abs. 4 BÖB)
- Klimagesetz (Art. 10 Vorbildfunktion der öffentlichen Hand)
- Abstimmung zur sicheren Stromversorgung, insbesondere aus erneuerbaren Energiequellen

In der Summe ist die Kombination dieser rechtlichen Grundlagen garantiert ein Paradigmenwechsel.

# Art. 21 BÖB Freihändiges Verfahren

Art. 21 Abs. 1: Im freihändigen Verfahren vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag direkt ohne Ausschreibung. Die Auftraggeberin ist berechtigt, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen durchzuführen.

## Art. 21 Abs. 2 Bst. c BÖB

Art. 21 Abs. 2: Die Auftraggeberin kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist:

c. Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur eine Anbieterin in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative.

## **BöB-Botschaft zu Art. 21 BöB**

Wie das GPA 1994 enthält auch der Ingress zu Artikel XIII GPA 2012 (freihändige Vergabe) den Vorbehalt, dass die Auftraggeberinnen solche Verfahren nicht mit der Absicht anwenden dürfen, den Wettbewerb unter den Anbieterinnen zu verhindern oder Anbieterinnen eines anderen Vertragsstaats zu diskriminieren. Dieser Grundsatz gilt für alle nachstehend erläuterten Tatbestände, die restriktiv anzuwenden sind (BBI 2017 1925).

# Publikation von Freihändlern gemäss Art. 48 Abs. 1 BÖB

«Ebenso veröffentlicht [die Auftraggeberin] Zuschläge, die ab dem für das offene oder selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert freihändig erteilt wurden.»

Botschaft BÖB zu Art. 48 BÖB: Dies gilt (meint: mit Erweiterung des Rechtsschutzes) unabhängig davon, ob Leistungen im Staatsvertragsbereich oder ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beschafft werden (BBI 2017 1969).



## Zwischenentscheid B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 4.2 “Microsoft”

Da es sich um Ausnahmen [meint: zur Zielsetzung der Herstellung wirksamen Wettbewerbs] handelt, sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Beschaffung zulässig ist, nach der Rechtsprechung restriktiv auszulegen (...). Die Beweislast für das Vorliegen der geltend gemachten Voraussetzungen liegt bei der Vergabestelle (...).

## **BVGE 2012/13, bestätigt durch BGE 137 II 313 “Microsoft”**

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Legitimation der Beschwerdeführerinnen zu Recht verneint: Wird geltend gemacht, das Freihandverfahren sei unzulässigerweise durchgeführt worden, steht die Beschwerdelegitimation nur den potenziellen Anbietern des von der Vergabestelle definierten Beschwerdegegenstandes zu (BGE-Regeste).

# Randnotiz: Die NZZ berichtet über die öffentliche Beratung des Bundesverwaltungsgerichts

In der NZZ vom 7. Juli 2010 war dazu unter dem Titel «Streit um Bundesauftrag an Microsoft in der Schwebe» zu lesen, dass «mit dieser möglicherweise etwas kurzsichtigen Argumentation» der Referent - meint: der Autor dieses Foliensatzes - in öffentlicher Beratung überstimmt wurde.

## BGE 137 II 313 «Microsoft»

Erwägung 3.5.2:

«Das Vorhandensein angemessener Alternativen ist die anspruchsbegründende Tatsache, aus welcher die Beschwerdeführerinnen die Unrechtmässigkeit der Freihandvergabe und damit ihre Zulassung zu einem Submissionsverfahren ableiten; sie tragen deshalb dafür nach Art. 8 ZGB [meint: im Rahmen der Prüfung der Legitimation] die Beweislast.»

# Urteil B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015

Erwägung 2.3:

«Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands für die freihändige Vergabe beruft, hat grundsätzlich auch nachzuweisen, dass alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen liegt daher bei der Vergabestelle (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 301; **anderer Meinung möglicherweise BGE 137 II 313 E. 3.5.2).**»

# Martin Beyeler, Freihänder: BVGer schwenkt Warnlampe!

Baurecht 2016, S. 25 ff.:

«Der Beweis der angemessenen Alternative obliegt nach dieser Auffassung (des Bundesgerichts) allein der Beschwerdeführerin. Diese Auffassung ist meines Erachtens abzulehnen. Nach dem hier referierten Urteil (B-1570/2015 des Bundesverwaltungsgerichts) verhält es sich differenzierter – und diese Auffassung überzeugt.»

# Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt vom 14. Dezember 2021

Selbstgebastelter Leitsatz des Vortragenden:  
Das Urteil des Kantons Waadt legt BGE 137 II 313 «Microsoft» aus und orientiert sich dabei zunächst an BGE 141 II 14 «Monte Ceneri». Die Frage, ob die Anbieterin «les mêmes fonctionnalités» anbieten kann, ist doppelrelevant und interessiert sowohl im Rahmen der Legitimation als auch im Rahmen der materiellen Prüfung. Aber es ist nicht so, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Legitimation den Beweis erbringen muss, dass es eine Alternative zum von der Vergabestelle gewählten Produkt gibt (+ Hinweis BVGer «Warnlampe»).

## BGE 150 II 105 E. 5 “Service des automobiles et de la navigation”

Regeste: Lors d'une adjudication de gré à gré, la qualité pour recourir des entreprises suppose que celles-ci rendent plausibles leur capacité réelle et leur disposition à déposer une offre en rapport avec l'objet du marché en cas d'admission de leur recours (confirmation de jurisprudence sur ce point précis; consid. 5.2-5.4). En revanche il appartient au pouvoir adjudicateur de démontrer l'absence de solution de rechange adéquate si celle-ci fonde l'adjudication de gré à gré (**changement de jurisprudence**; consid. 5.5-5.10).



## **BGE 150 II 105 E. 5 “Service des automobiles et de la navigation”**

Grobe Zusammenfassung E. 5.9 und E. 5.9.1:  
Die Kritik der Lehre an der «Microsoft»-Rechtsprechung ist berechtigt. Es ist insbesondere die Wettbewerbszielsetzung des Beschaffungsrechts zu berücksichtigen wie auch der Umstand, dass die Konkurrentinnen der Zuschlagsempfängerin regelmässig nicht genaue Kenntnis darüber haben, was genau Gegenstand des Bedarfs der öffentlichen Hand ist.

# Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2016 “Software ORMA” betreffend Akteneinsicht

Freihändige Vergabe.

Erwägung 4.2.3: Die Abdeckungsvorschläge der Vergabestelle betreffend die Verträge mit Anhängen verunmöglichen es der Beschwerdeführerin im Ergebnis, den Auftragsgegenstand überhaupt zu erfassen.

E. 4.4.2: Dank Einwilligung der Zuschlagsempfängerin in die stellenweise Einsicht in die Offerte kann vorliegend offenbleiben, ob die Offerte nicht dann teilweise offengelegt werden muss, wenn nur dort der Auftragsgegenstand (meint: hinreichend nachvollziehbar) beschrieben wird.

# BGE 150 II 105 E. 5 “Service des automobiles et de la navigation”

Grobe Zusammenfassung E. 5.9.3:

Die «Microsoft»-Rechtsprechung steht auch in einem gewissen Widerspruch zur materiell-rechtlichen Dogmatik, wonach von der freihändigen Vergabe im Sinne einer Ausnahme zur Herstellung von Wettbewerb nur restriktiv Gebrauch gemacht werden soll.

# Newsletter des KAIO Bern 1/2024

In ausdrücklicher Abkehr von seiner stark kritisierten «Microsoft»-Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass der Auftraggeber die Beweislast dafür trägt, dass es keine wirtschaftlich und funktionell angemessene Alternative zur beabsichtigten freihändigen Vergabe gibt. Dazu muss der Auftraggeber eine Marktabklärung durchführen, also aktive Nachforschungen nach angemessenen Alternativen anstellen (E. 5.9.4).

# Newsletter des KAIO Bern 1/2024

Das Urteil unterstreicht die Bedeutung der im neuen Beschaffungsrecht als Instrument vorgesehenen Marktabklärung. Diese [und die Dokumentation derselben] wird zur gesetzlichen Pflicht, wenn eine überschwellige freihändige Vergabe beabsichtigt wird. Durch die Umkehr der Beweislast wird es für Auftraggeber viel schwieriger, sich im Beschwerdefall erfolgreich auf die Zulässigkeit einer solchen freihändigen Vergabe zu berufen.

# Weiterführende Literatur

## SocietyByte

BFH-Magazin für die Humane Digitale Transformation

DIGITAL GOVERNMENT  FACHBEITRAG

### Das Bundesgericht, Microsoft und eine Weihnachtsüberraschung

Von [Marc Steiner \(BFH Wirtschaft\)](#) | [0 Kommentare](#)