

# Die Pflicht zur Abklärung von Alternativlösungen vor einer Freihandvergabe

Vergabestellen müssen auch dann nicht auf den Wechsel zu neuen, wirtschaftlichen bzw. effizienteren Modellen verzichten, wenn der Wettbewerbsgedanke diesem Wechsel entgegensteht. Vorausgesetzt ist, dass vor dem freihändigen Zuschlag Markt und Kosten aktiv analysiert werden mit dem Ergebnis, dass es keine vernünftigen Alternativen gibt.

*Les pouvoirs adjudicateurs ne doivent pas renoncer à de nouveaux modèles, plus économiques ou plus efficaces, même si le principe de la concurrence s'oppose à ce changement; cela à la condition de réaliser une analyse du marché et des coûts, avec pour résultat qu'il n'existe pas d'alternative adéquate.*

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGer B-6972/2023 vom 23. Juli 2024

**Martin Zobl**, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
**Lena Götzinger**, Rechtsanwältin, Zürich

## Der Fall

**(1)** Das Paul-Scherrer-Institut (PSI) vergab im Jahr 2018 den Betrieb seines SAP-Systems an ein IT-Dienstleistungsunternehmen und dessen Subunternehmerin. Die Subunternehmerin, die im rapportierten Urteil als Beschwerdeführerin auftritt, ist seither für den Basisbetrieb und das Hosting des Systems zuständig. Der Vertrag endet 2025. Da die reguläre Wartung für bestimmte SAP-Produkte im Jahr 2027, für andere SAP-Produkte im Jahr 2040 ausläuft, entschied sich das PSI, auf ein Cloud-basiertes SAP-System bzw. Software-as-a-Service-Modell (SaaS) zu wechseln. Dies geschah mit dem Ziel, integrierte Dienstleistungen aus einer Quelle zu beziehen, um die Abläufe zu optimieren und Kosten zu reduzieren.

Das PSI erteilte daher im freihändigen Verfahren den Zuschlag für den «Basisbetrieb der PSI SAP Landschaft» der SAP (Schweiz) AG zum Preis von über drei Millionen Schweizer Franken. Zur Begründung führte das PSI insbesondere aus, ausschliesslich die Zuschlagsempfängerin sei in der Lage, einen wirtschaftlichen und gesamtheitlichen Betrieb des Systems zu gewährleisten, während die Aufteilung der Leistung auf verschiedene Anbieterinnen zu unkalkulierbaren Aufwänden und technischen Problemen führe.

Die Beschwerdeführerin ficht die Freihandvergabe an. Sie rügt, dass das PSI anstelle der Beschaffung «aus einer Hand» die Standardlizenzen weiter bei der Zuschlagsempfängerin, die Dienstleistungen aber bei der Beschwerdeführerin beziehen könne. Es bestehe daher eine angemessene Alternative zur gewählten Lösung.

## Der Entscheid

**1.** Laut BVGer liegt die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe sowohl im Stadium der Legitimationsprüfung als auch der materiellen Prüfung bei der Vergabestelle. Die Beschwerdeführerin kann sich bei Anfechtung des freihändigen Zuschlags daher darauf beschränken, glaubhaft zu behaupten, eine potenzielle Anbieterin

der zugeschlagenen oder einer substituierbaren Leistung zu sein (E. 2.2 in fine m.w.H.). Zumindest bis zum Wartungsende der jeweiligen SAP-Produkte sieht es das BVGer als erstellt an, dass die Beschwerdeführerin den Betrieb der SAP-Produkte – und somit zumindest für einen beschränkten Zeitraum einen Teil der zugeschlagenen Leistungen – erbringen kann und will. Das Gericht bejaht demnach die Beschwerdelegitimation (E. 2.11).

**2.** Weiter hält das BVGer daran fest, dass der Vergabestelle bei der Festlegung des Bedarfs ein breiter Ermessensspielraum zukommt und Anbieterinnen keinen Rechtsanspruch darauf haben, die Beschaffung des «richtigen» Produkts zu erstreiten (E. 5.1). Die Grenze des zulässigen Ermessens ist laut Gericht dort überschritten, wo ohne sachliche Gründe der Bedarf so eng umschrieben wird, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt, eine einzelne Anbieterin oder nur wenige Anbieterinnen für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (E. 5.2).

**3.** Die Notwendigkeit der freihändigen Vergabe bzw. das Fehlen wirtschaftlich und funktional angemessener Alternativen hat die Vergabestelle aus Sicht des Gerichts ausreichend nachgewiesen. Wie dem Urteil entnommen werden kann, hatte das PSI vor der freihändigen Vergabe aktiv Nachforschungen angestellt und verschiedene Optionen des zukünftigen SAP-Systems (einschliesslich der dabei anfallenden Kosten) geprüft – mit dem Ergebnis, dass die kostengünstigste Alternative ein vollständiger Wechsel zu SaaS sei (E. 5.4 f., 6.4 und 6.6).

## Die Anmerkungen

**1.** Gemäss Art. 56 Abs. 4 BÖB kann gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren Beschwerde führen, wer nachweist, dass er die ausgeschriebenen Leistungen erbringen kann und will bzw. rügt, dass das freihändige Verfahren aufgrund einer zu engen Definition des Beschaffungsgegenstands zu Unrecht gewählt worden ist. Die Frage, ob die Vergabestelle den Bedarf zulässigerweise so festgelegt hat, dass nur eine Anbieterin in Frage kommt, ist daher als «doppelrelevante Tatsache» sowohl materiell (mit Blick auf die Voraussetzungen des freihändigen Verfahrens) als auch prozessual (im Rahmen der Beschwerdelegitimation) von Bedeutung.

2. In diesem Zusammenhang bekräftigt das Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf das Urteil BGer 2C\_50/2022 vom 6. November 2023 (E. 5.9.1 ff.) die Abkehr von der früheren «Microsoft»-Rechtsprechung (BGE 137 II 313 E. 3.5.2), wonach die beschwerdeführende Anbieterin die Beweislast für die sachlich richtige Abgrenzung des Beschaffungsgegenstands im Rahmen der Beschwerdelegitimation trug. Neu liegt es an der Vergabestelle, das Vorliegen der Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe sowohl bei der materiellen Beurteilung als auch im Rahmen der Eintretensprüfung zu beweisen. Im Grundsatz und angesichts der Missbrauchsgefahr bei Freihandtatbeständen ist diese Richtungskorrektur des Bundesgerichts verständlich. Nicht restlos geklärt ist, wie eine Vergabestelle für das Fehlen von (angemessenen) Alternativen, eine Voraussetzung von Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB, den vollen Beweis erbringen will. Dies gilt auch mit Blick auf den prozessrechtlichen Grundsatz, dass negative Tatsachen nicht bewiesen werden können und müssen (*negativa non sunt probanda*; statt vieler BGer, Urteile 8C\_794/2016 vom 28. April 2017 E. 4.3.2; 2C\_1178/2014 vom 25. Dezember 2014 E. 2.2).

a. Im Rahmen der Eintretensfrage genügt nach allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen betreffend doppelrelevante Tatsachen ein Glaubhaftmachen (BGE 141 II 14 E. 5.1). Dabei mag es auf den ersten Blick überraschen, dass das BVGer die Beschwerdelegitimation bejaht, «obwohl» die Beschwerdeführerin «nur» geltend macht, für einen gewissen Zeitraum einen Teil der zugeschlagenen Leistungen zu erbringen. Denn beschwerdelegitimiert kann letztlich nur sein, wer die Leistung selbst erbringen kann, soweit der Beschaffungsgegenstand korrekt definiert ist. Da sich die Frage der Substituierbarkeit von Leistungen und der rechtmässigen Definition des Beschaffungsgegenstandes aber nicht trennen lassen, ist dies im Ergebnis richtig.

b. Materiell sendet das Bundesverwaltungsgericht das wichtige Signal, dass Vergabestellen auch dann nicht auf den Wechsel zu neuen, wirtschaftlichen bzw. effizienteren Modellen verzichten müssen, wenn der Wettbewerbsgedanke diesem Wechsel entgegensteht. Vorausgesetzt ist, dass vor dem freihändigen Zuschlag Markt und Kosten aktiv analysiert werden mit dem Ergebnis, dass es keine vernünftigen Alternativen gibt. Bemerkenswert ist, wie detailliert sich das Gericht mit den von der Vergabestelle geprüften Alternativen und deren Kosten auseinandersetzt. Näher betrachtet werden insbesondere die Beschaffung eines völlig neuen Systems, die Weiterführung «on premise» bis zum regulären Wartungsende oder ein hybrider Ansatz, bei dem übergangsweise nur ein Teil der Produkte als SaaS bezogen wird. Wie schon ein jüngst ergangenes Urteil des Bundesgerichts nahelegt (Urteil des BGer 2C\_50/2022 E. 5.7.1, 5.9.4 f. m.w.H.), gewinnt die Freihanddokumentation bei der gerichtlichen Überprüfung der Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB damit zunehmend an Bedeutung. Die Freihanddokumentation, in der die Vergabestelle u.a. die getätigten Abklärungen und Überlegungen festhält, dienen der Nachvollziehbarkeit des Entscheids im Sinne der sog. Ex-post-Transparenz.

c. Die Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen tritt im rapportierten Urteil im Vergleich zu den tatsächlichen Feststellungen beinahe in den Hintergrund. Gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. c steht das Freihandverfahren insbesondere zur Verfügung, wenn, erstens, aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin in Frage kommt, und es, zweitens, keine angemessene Alternative gibt. Auch wenn die Voraussetzungen der technischen Besonderheiten und der fehlenden angemessenen Alternative dem Wortlaut nach kumulativ sind, lassen sie sich faktisch nicht gänzlich voneinander trennen. Dies kommt in der Urteilsbegründung insofern zum Ausdruck, als das Gericht im Wesentlichen auf den «grossen administrativen Aufwand» und die «hohen Kosten» bzw. den Entscheid für die «kostengünstigste Alternative» verweist, ohne allfällige technische Besonderheiten der von der Vergabestelle gewählten Lösung zu prüfen. Gleichwohl ist Art. 21 Abs. 2 lit. c nach unserem Dafürhalten so zu verstehen, dass nebst rein wirtschaftlichen Aspekten immer auch technisch-funktionale Aspekte oder der Schutz des geistigen Eigentums für die Freihandvergabe sprechen müssen. So ist eine freihändige Vergabe wegen technischer Besonderheiten insbesondere dann zulässig, wenn der mit einem Systemwechsel verbundene Aufwand unverhältnismässig hoch oder der Wechsel mit Risiken verbunden ist, z.B. wenn Kompatibilitätsprobleme eine erhöhte Fehleranfälligkeit gegenüber dem bisherigen System aufweisen (■ FRÖHLICH-BLEULER, Die Vergabe von IT-Verträgen, in: J.-B. Zufferey / M. Beyeler / S. Scherler (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 269, 292 Rz. 58 f.). Je geringer die Risikotoleranz der Vergabestelle im Hinblick auf die lückenlose Verfügbarkeit des Systems ist, desto stärker sind die Bedenken im Hinblick auf Schwierigkeiten bei der Einführung eines alternativen Systems zu gewichten (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., Rz. 59; VGer ZH, VB.2015.00780 vom 11.8.2016, E. 4.1). Die in Streit stehende SAP-Software weist nach den Erfahrungen der Verfasser regelmässig einen hohen Eigenentwicklungsanteil und starke technische Abhängigkeiten zu anderen Systemen auf. Daher geht ein Wechsel auf eine Alternative oft mit einem Funktionsverlust und einer langen und kostenintensiven Datenmigration einher, sofern ein solcher Wechsel überhaupt möglich ist. In wirtschaftlicher Hinsicht sind regelmässig unvermeidbare Mehraufwendungen für Hardware, Zertifizierungen und Mitarbeiterschulungen notwendig.

d. Nicht eingegangen wird im rapportierten Urteil darauf, dass mit dem Wechsel von einem «on premise»- auf ein SaaS-Modell in der Regel nicht nur ein Bezug von Betriebsdienstleistungen einhergeht, sondern auch von zeitlich beschränkten Nutzungsrechten («subscription licenses»). Deren freihändige Beschaffung fällt aus Sicht der Verfasser grundsätzlich ebenfalls unter Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB, allerdings in der Variante des Schutzes des geistigen Eigentums. Sämtliche Immaterialgüterrechte an SAP-Produkten stehen, wie bei Standardsoftware üblich, unter der Kontrolle der Zuschlagsempfängerin bzw. ihrer verbundenen Unternehmen. Eine Änderung des Lizenzumfangs von «on premise»-Lizenzen zum Fernzugriff auf die gleiche Software in der Cloud kann daher nur durch SAP als Rechteinhaberin und Lizenzgeberin er-

folgen. Zudem beinhalten Pflege, Wartung wie auch jede weitere Änderung und Erweiterung der SAP-Produkte urheberrechtlich relevante Handlungen (insbesondere Vielfältigungen und Bearbeitungen), die in das Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers bzw. Rechteinhabers eingreifen und nur mit dessen Zustimmung – im rapportierten Fall der SAP – erlaubt sind. Das Schweigen des Urteils in dieser Hinsicht erklärt sich vermutlich dadurch, dass die Beschwerdeführerin nicht vorgetragen hat, (auch) die Lizenzen anbieten zu können.

3. Der im rapportierten Urteil geschützte Freihandzuschlag steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Anforderung, technische und rechtliche Abhängigkeiten von Anbieter-

rinnen möglichst zu vermeiden (Urteil des VGer-SG B 2017/118 vom 7. April 2017; VGer-ZH VB.2015.00780 vom 11. August 2016). Allerdings verlangt das Vergaberecht keine Diversifikation der (Software-)Lieferanten, auch wo eine solche denkbar ist, um jeden Preis. Vielmehr ist eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen, wobei nebst der Praktikabilität auch die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung (Art. 2 lit. a BÖB) in die Waagschale zu werfen ist, selbst wenn dies in bestimmten Fällen zu längerfristigen Abhängigkeiten führt und den Wettbewerb beschränkt. Zudem ist es für eine Vergabestelle rechtlich häufig nicht möglich, sich Immaterialgüterrechte an Standardsoftware vertraglich so zu sichern, dass sie unabhängig bleibt, ohne dass die Anbieterin ihre (Lizenz-)Verträge mit anderen Kunden verletzt.