

Gutachten

An: Herrn Stephan C. Brunner, Leiter Sektion Recht,
Schweizerische Bundeskanzlei

Von: Dr. Carole L. Gehrer Cordey, LL.M., Rechtsanwältin,
SwissLegal asg.advocati

Betrifft: **Bezug zusätzlicher Lizenzen des Fabasoft-Produkts („eGov-Suite CH“) und entsprechender Pflegeleistungen unter beschaffungsrechtlichen Aspekten**

Datum: 22. November 2012

Vorbemerkung:

Ausgehend von der Ausgangslage (I.) und den zu beantwortenden Fragen (II.), wird zuerst kurz dargelegt, dass das vorliegend zu beurteilende Beschaffungsgeschäft dem BöB/VöB untersteht (III.). Anschliessend wird geprüft, ob der 2003 bzw. 2005 abgeschlossene Rahmenvertrag zwischen Fabasoft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft (heute noch) vergaberechtskonform ist, insbesondere mit Blick auf den Vertragspartner (IV.A), den Vertragsumfang (IV.B) und die Vertragsdauer (IV.C)

Diese Untersuchungen ergeben, dass die Rahmenverträge 2003 bzw. 2005 – nach dem jetzigen Kenntnisstand - nicht mit der eigentlichen Zuschlagsempfängerin abgeschlossen, der Umfang des Rahmenvertrags bereits vollständig ausgeschöpft und die in der Ausschreibung publizierte Vertragsdauer von fünf Jahren bereits signifikant überschritten ist. Damit ist grundsätzlich eine neue Ausschreibung vorzunehmen. Vorbehalten bleibt allerdings der Fall, wo eine Vertragserweiterung und/oder -verlängerung (bzw. das Weitergelten des bestehenden Vertrags) sich auf einen Ausnahmetatbestand stützen könnte, welcher eine freihändige Vergabe erlaubt. Die Beantwortung dieser Frage ist für die Beantwortung von verschiedenen gestellten Einzelfragen relevant. Deshalb wird im Kapitel V. zuerst losgelöst von den einzelnen Fragestellungen geprüft, ob eine freihändige Vergabe grundsätzlich zulässig wäre, insbesondere mit Blick auf die Ausnahmetatbestände von Art. 13 Bst. c VöB (Technische Besonderheiten bzw. Schutz geistigen Eigentums, V.C.) und Art. 13 Bst. f VöB (Folgevergaben, V.D).

Basierend auf der Erkenntnis, dass vorliegend eine freihändige Beschaffung gestützt auf die erwähnten Ausnahmetatbestände nach der hier vertretenen Ansicht wohl nicht zulässig ist, **werden im Kapitel VI (S. 27 ff.) die gestellten Fragen beantwortet**. Dabei wird jeweils auf die getätigten (für verschiedene Fragen geltenden) Ausführungen verwiesen bzw. diese mit Blick auf die konkret gestellte Frage präzisiert. Da die gestellten Fragen in Kapitel VI. übersichtlich beantwortet sind, wird auf eine weitere Zusammenfassung verzichtet.

Inhaltsverzeichnis

I. AUSGANGSLAGE	3
A. AUSSCHREIBUNG EINER LÖSUNG FÜR GESCHÄFTSVERWALTUNG UND ZUSCHLAG AN UNISYS	3
B. RAHMENVERTRÄGE ZWISCHEN DER SCHWEIZERISCHEN BUNDESKANZLEI UND FABASOFT	4
C. STANDARDISIERUNG DER ELEKTRONISCHEN GESCHÄFTSVERWALTUNG	5
D. UNTERLAGEN	5
E. BEMERKUNG ZUM RAHMENVERTRAGS 2005 BETREFFEND (VERTRAGLICHER) DAUER DES NUTZUNGSRECHTS.....	6
II. FRAGESTELLUNGEN UND PRÜFUNGSUMFANG	7
III. BESCHAFFUNGSGEGENSTAND UNTERSTEHT DEM BÖB/VÖB	9
IV. IST DER RAHMENVERTRAG 2005 (HEUTE NOCH) VERGABERECHTSKONFORM?.....	10
A. VERTRAGSPARTNER.....	10
B. VERTRAGSUMFANG.....	11
C. VERTRAGSDAUER.....	11
D. ZWISCHENFAZIT.....	15
V. VORAUSSETZUNGEN DER FREIHÄNDIGEN VERGABE	15
A. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN	15
B. STAATSVERTRAGSKONFORME UND RESTRIKTIVE AUSLEGUNG DER AUSNAHMETATBESTÄNDE.....	17
C. ART. 13 BST. C VÖB: TECHNISCHE BESONDERHEITEN BZW. SCHUTZ GEISTIGEN EIGENTUMS	18
a) Grundlagen	18
b) Vorliegen einer angemessenen Alternative	19
c) Aufgrund technischer Besonderheiten oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter in Frage.....	21
d) Zwischenfazit	22
D. ART. 13 ABS. 1 BST. F VÖB: FOLGEVERGABEN	22
a) Grundlagen	22
b) Anforderungen an die Erstbeschaffung	23
c) Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen	24
d) Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen kann nur bei einer Vergabe an den ursprünglichen Anbieter gewährleistet werden	26
e) Grössenverhältnis von Erst- und Folgebeschaffung	27
f) Zwischenfazit	27
VI. BEANTWORTUNG DER GESTELLTEN FRAGEN	27
A. KERNFRAGE	27
B. FRAGE 1	28
C. FRAGE 2	28
D. FRAGE 3	30
a) Weitere Verwendung des Fabasoft-Produkts für bereits lizenzierte Benutzer	30
b) Pflege (bzw. Weiterentwicklung) des Fabasoft-Produkts für bereits lizenzierte Benutzer	31
E. FRAGE 4	32
F. FRAGE 5	32
G. FRAGE 6	32
H. FRAGE 7	32
VII. EXKURS: SPEZIFIKATION DES BESCHAFFUNGSGEGENSTANDS BEI EINER KÜNFTIGEN BESCHAFFUNG	33

I. Ausgangslage

A. Ausschreibung einer Lösung für Geschäftsverwaltung und Zuschlag an Unisys

1. Mittels Publikation im Shab schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik („BBL“) am 5. Oktober 1999 die Beschaffung einer Lösung für die elektronische Geschäftsverwaltung aus („GEVER“).

*„Gegenstand der Ausschreibung ist die Wahl einer Basislösung für die Geschäftsverwaltung (GBL99) in der Schweizerischen Bundesverwaltung. In der Ausschreibung eingeschlossen sind Dienstleistungen für Beratung und Unterstützung von allfälligen Pilotprojekten. Die Einführung der GBL99 in der Schweizerischen Bundesverwaltung ist nicht Gegenstand der Ausschreibung. Die mit der Einführung verbundenen Dienstleistungen werden von den Verwaltungseinheiten erst zum Einführungszeitpunkt ausgeschrieben. **Der Bezug der GBL-Software oder einzelner Module daraus soll in einem Rahmenvertrag mit mehrjähriger Laufzeit geregelt werden.**“ (Ziffer 2 Shab Nr. 193 vom 5. Oktober 1999; Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Der Gesamtumfang wurde wie folgt publiziert:

*„Zielvorstellung ist die Einführung der GBL99 bei mehr als 50 Verwaltungseinheiten oder Dienststellen der zentralen Bundesverwaltung. **Die Beschaffung der GBL99-Software erfolgt gemäss Rahmenvertrag durch die Verwaltungseinheiten im Rahmen ihrer Einführungsprojekte.**“ (Ziffer 2 Shab Nr. 193 vom 5. Oktober 1999; Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Als Ausführungs- oder Liefertermin war die Zeitspanne von 2000 bis ca. Ende 2005 angegeben.¹

2. Im Pflichtenheft (S. 20 ff.) für das Projekt GBL99 wurden fünf Leistungspakete beschrieben: 1) Ausbildung, 2) Unterstützung einer Testinstallation, 3) Durchführung von Pilotprojekten, 4) Technische Beratung und 5) Bereitstellung der GBL99 (Anpassung des gewählten Produkts für die Einführung in den Verwaltungseinheiten und bereitgestellt). Das Angebot des letzten Leistungspakets umfasst gemäss Pflichtenheft **alle erforderlichen Dienstleistungen** zur Bereitstellung der angebotenen GEVER-Basislösung 1999 in einer Standardkonfiguration durch ein Projektteam des Anbieters (Ziff. 4.5 Pflichtenheft).
3. Die Formulierungen der Ausschreibung bzw. des Zuschlag und die offenbar gestützt darauf abgeschlossenen Rahmenverträge werfen gewisse Fragen auf, insb. auch betreffend Umfang / Inhalt der Ausschreibung. Gemäss Ausschreibung war die Einführung der GBL99 nicht Gegenstand der Ausschreibung bzw. die mit der Einführung der GBL99 verbundenen Dienstleistungen waren von den Verwaltungseinheiten auszuschreiben. Ob dies geschehen ist bzw. ob es

¹ Ziffer 4 Shab Nr. 193 vom 5. Oktober 1999.

noch weitere damit zusammenhängende Ausschreibungen gab, ist mir nicht bekannt. Für die nachstehenden Ausführungen wird Folgendes unterstellt:

- Es wurden (im Zusammenhang mit der Lizenzierung und Pflege des Fabasoft-Produkts) keine weiteren Ausschreibungen getätigt (mit Ausnahme der Ausschreibung, welche am 5. Okt. 1999 im Shab Nr. 193 publiziert wurde); und
 - der Rahmenvertrag 2003 bzw. 2005 (vgl. nachstehend) wurde aufgrund der Ausschreibung vom 5. Oktober 1999 bzw. des darauf basierenden Zuschlags vom 23. November 2000 abgeschlossen.
4. Der Zuschlag wurde am 20. November 2000 an Unisys (Schweiz) AG („**Unisys**“), Chutzenstrasse 24, 3000 Bern, zu einem Preis von CHF 10'449'326 erteilt (Shab Nr. 229 vom 23. November 2000).
 5. Gemäss den erhaltenen Informationen führen die Vertragsverhandlungen mit der Firma Unisys nicht zum Erfolg, so dass der Vertrag nach erfolglosen Vertragsverhandlungen am 20. Januar 2003 im gegenseitigen Einverständnis direkt mit dem Hersteller Fabasoft abgeschlossen wurde.

B. Rahmenverträge zwischen der Schweizerischen Bundeskanzlei und Fabasoft

6. Am 20. Januar 2003 schlossen die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das BBL, und die Fabasoft CH-Software AG, Bern („**Fabasoft**“), den ersten Rahmenvertrag betreffend Lizenzierung und Pflege und Erbringung von Dienstleistungen der Standardsoftware eGov-Suite Version 4 ab („**Rahmenvertrag 2003**“ oder „**RV 2003**“). Der Rahmenvertrag trat per 20. Dezember 2002 in Kraft, hatte eine feste Vertragsdauer bis zum 31. Dezember 2004 und galt nachher als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (Ziff. 14 RV 2003). Der Rahmenvertrag 2003 wurde mit Inkrafttreten des darauffolgenden Rahmenvertrags aufgehoben bzw. durch diesen ersetzt (siehe sogleich).
7. Am 28. Oktober 2005 schlossen die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das BBL, und Fabasoft einen neuen Rahmenvertrag betreffend Standardisierung der GEVER Fabasoft Lösung Bund ab („**Rahmenvertrag 2005**“ oder „**RV 2005**“). Der Rahmenvertrag 2005 regelt unter anderem die Pflichten und Rechte der Parteien für die Lizenzierung und Pflege des Standardproduktes der GEVER Fabasoft Lösung „**eGov-Suite CH**“ (nachfolgend auch „**Fabasoft-Produkt**“ genannt) Aus dem Rahmenvertrag 2005 entsteht für das BBL keine Verpflichtung zur Inanspruchnahme irgendwelcher Leistungen von Fabasoft. Erst mit Abschluss eines Einzelvertrags entstehen (im jeweiligen Umfang) entsprechende Pflichten (vgl. Ziffer 3 RV 2005). Der Vertrag wurde gemäss den erhaltenen Informationen nicht gekündigt und ist immer noch in Kraft.
8. Am 26. Januar / 1. Februar 2007 haben die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das BBL, und Fabasoft einen weiteren Rahmenvertrag für die Erbringung von Dienstleistungen, die Beschaffung von Informatik-Gesamtsystemen sowie die Herstellung von Individualsoftware abgeschlossen („**Rahmenvertrag 2007**“ oder „**RV 2007**“). Die Lizenzierung von Standardsoftware und Wartung ist nicht Gegenstand des Rahmenvertrags 2007 (Ziff. 4

RV 2007). Ferner statuiert Ziffer 21 des Rahmenvertrags 2007, dass für Lizenzierung und Pflege der Standardsoftware ausschliesslich der Rahmenvertrag 2005 gilt. Da es sich vorliegend nur um Fragen im Zusammenhang mit der Standardsoftware eGov Suite CH handelt, ist der Rahmenvertrag 2007 nicht relevant und wird nachfolgend nicht weiter berücksichtigt.

9. Der im Zuschlag publizierte Auftragsumfang von CHF 10'449'326 ist ausgeschöpft.

C. Standardisierung der elektronischen Geschäftsverwaltung

10. Der Informatikrat Bund (IRB) hat die elektronische Geschäftsverwaltung zum Standardeinsatzgebiet erklärt.² Der Bundesrat hat 2008 für die elektronische Geschäftsverwaltung eine **Zweiproduktstrategie** beschlossen. Zurzeit ist nur ein einziges standardisiertes Produkt, nämlich das Produkt „**eGov-Suite CH**“ von Fabasoft (nachfolgend auch „**Fabasoft-Produkt**“ genannt) im Einsatz. Das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation („**BIT**“) hatte eine zweite (standardisierte) Lösung (Gever Office) entwickelt, dann aber aus wirtschaftlichen Gründen auf den weiteren Betrieb dieser Lösung verzichtet.
11. Das Fabasoft-Produkt wird mittlerweile von rund 10'000 Personen in der Bundesverwaltung verwendet.
12. Zurzeit sind in der Bundesverwaltung auch andere Geschäftsverwaltungslösungen im Gebrauch, z.B. iGEKO (im VBS, BAG) und i-Engine (z.B. Armasuisse). Diese beiden Lösungen iGEKO bzw. i-Engine sind im Bund noch nicht standardisiert, verfügen aber über eine Ausnahmegenehmigung im Standardeinsatzgebiet der Geschäftsverwaltung (A290) bis Ende 2014 resp. 30. Juni 2015 gemäss den im Beschluss des IRB betreffend GEVER-Ausnahmeanträge vom 29.8.2011 aufgeführten Auflagen und Vorbehalten.

D. Unterlagen

13. Der Sachverhalt beruht auf der durch die Bundeskanzlei („**BK**“) vorgenommene Beschreibung der Ausgangslage gemäss dem Vertrag zwischen der Beauftragten und der BK vom Sept./Okt. 2012, den erhaltenen (nachstehend aufgeführten) Unterlagen sowie den ergänzenden Informationen gemäss der E-Mail von Herrn Brunner bzw. Herrn Hanspeter Baumgartner vom 17. Oktober 2012 bzw. den E-Mails vom 14. und 19. November 2012 von Frau Nathalie Falcone-Goumaz.
14. Mir stehen für das vorliegende Gutachten folgende Unterlagen zur Verfügung:
 - Publikation der Ausschreibung GEVER-Basis-Lösung 1999 im Shab Nr. 193 vom 5. Oktober 1999;
 - Pflichtenheft für Projekt (968) 609.00 GBL99/GEVER-Basis Lösung 1999 (ohne Anhänge; „**Pflichtenheft**“);

² Vgl. Art. 4 Standardisierungsweisung; Dokument A290 – Geschäftsverwaltung (GEVER).

- Publikation des Zuschlags betreffend GEVER-Basis-Lösung 1999 im Shab Nr. 229 vom 23. November 2000;
 - Rahmenvertrag betreffend Lizenzierung sowie Pflege und Erbringung von Dienstleistungen von Standardsoftware zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das BBL, und Fabasoft CH-Software AG, Bern, vom 20. Januar 2003, ohne Anhänge („**Rahmenvertrag 2003**“ oder „**RV 2003**“);
 - Rahmenvertrag betreffend Standardisierung der GEVER Fabasoft Lösung Bund zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das BBL, und Fabasoft CH-Software AG, Bern, vom 28. Oktober 2005, ohne Anhänge („**Rahmenvertrag 2005**“ oder „**RV 2005**“);
 - Rahmenvertrag für die Erbringung von Dienstleistungen, die Beschaffung von Informatik-Gesamtsystemen sowie die Herstellung von Individualsoftware zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das BBL, und Fabasoft CH-Software AG, Bern, ohne Anhänge („**Rahmenvertrag 2007**“ oder „**RV 2007**“);
 - Beschluss des Informatikrats Bund („**IRB**“) vom 29. Aug. 2011 betr. GEVER Ausnahmeanträge.
 - Vorgehen bei Ausnahmeanträgen von GEVER-Lösungen, V. 1.0 vom 22.4.2010
15. Einzelverträge, welche unter den Rahmenverträgen abgeschlossen wurden, und weitere Unterlagen stehen mir nicht zur Verfügung.

E. Bemerkung zum Rahmenvertrags 2005 betreffend (vertraglicher) Dauer des Nutzungsrechts

16. Der zurzeit gültige Rahmenvertrag 2005, welcher auf dem Zuschlag vom 20. Nov. 2000 basiert, umfasst unter anderem **die Lizenzierung und die Pflege des Standardprodukts Fabasoft eGov-Suite CH** (wobei die „Pflege“ **Softwareaktualisierungen** [Ziffer 6.2.1. RV 2005] sowie **Unterstützungsanfragen** [wie third level support; hot fixes etc., siehe Ziff. 6.2.3 RV 2005] umfasst). Pro erworbenen Nutzungsrecht (Lizenz) an den jeweiligen Softwareprodukten ist zugleich die Pflege des Produkts zu beziehen (Ziff. 6 lit. c, Ziff. 6.2.1 RV 2005). Pro Lizenz der Fabasoft eGov-Suite CH ist ein einmaliger Lizenzpreis von EUR 375 sowie eine jährliche Lizenz-Pflegegebühr von EUR 150 zu entrichten (Ziff. 8.1/8.2 RV 2005).
17. Was die **Dauer des Nutzungsrechts** des Softwareprodukts eGov-Suite CH betrifft, stellt sich (aus rein vertraglicher Sicht) die **Frage, ob bei einer Beendigung der Vertragsbeziehung mit Fabasoft das Recht zur Nutzung des Standardprodukts Fabasoft eGov-Suite CH dahinfällt oder ob die Verwaltungseinheiten die (bestehenden) Fabasoft eGov-Suite CH weiterhin nutzen können?** Der Rahmenvertrag regelt diese Frage – soweit ersichtlich – nicht explizit. Mit Blick auf den Zweck, dass der Bund die (gekauften) Lizenzen der eGov-Suite CH wohl auch nach Beendigung einer

Vertragsbeziehung mit Fabasoft noch weitergebrauchen möchte, ist wohl davon auszugehen, dass es (zumindest seitens des BBL) der Wille war, dass der Bund die (bestehenden) Fabasoft Lizenzen auch nach Vertragsbeendigung weitergebrauchen könne. Dies würde auch mit Blick auf die einmalige Lizenzgebühr für die Nutzung Sinn machen (wohingegen für die Pflegeleistungen eine jährliche Lizenzgebühr geschuldet ist). Allerdings sieht der Rahmenvertrag 2005 vor, dass *„[p]ro Lizenz (Nutzungsrecht) eines Softwareprodukts [eGov-Suite CH] ausschliesslich die Befugnis verbunden [ist], dieses Softwareprodukt durch den für dieses Softwareprodukt registrierten Benutzer **auf die Dauer des Nutzungsrechtes zu benutzen**“* (Ziff. 6.1.1. RV 2005; Hervorhebung hinzugefügt). Es ist meines Erachtens unklar, was „Dauer des Nutzungsrechts“ bedeuten soll. Es könnte mit Blick auf den Wortlaut allenfalls (von Seiten Fabasoft) argumentiert werden, dass damit die Vertragsdauer gemeint sein soll.³

18. Unter der Überschrift „Kündigung einzelner Lizenzen“ räumt der Rahmenvertrag 2005 dem BBL die Möglichkeit ein, die Kündigung einer Vereinbarung bezüglich Pflegeleistungen auszusprechen, **ohne dass dadurch das Lizenzrecht zur Nutzung der Software entfällt** (Ziff. 20 in fine RV 2005). Auch diese Bestimmung kann wohl in die eine oder andere Richtung ausgelegt werden: Einerseits dahingehend, dass das Lizenzrecht zur Nutzung der Software weiterbestehe (auch wenn [einzelne] Pflegeleistungen gekündigt werden); andererseits dahingehend, dass dies nur die Kündigung von (einzelnen) Pflegeleistungen betrifft, aber noch nicht ausschliesst, dass der ganze Rahmenvertrag gekündigt wird und damit ggf. das Nutzungsrecht für die Software dahinfällt.
19. Um diese Frage zu beantworten, müssten der Vertrag (und die Einzelverträge) im Detail ausgelegt werden (und damit auch die bestehenden Geschäftsbeziehungen/ -korrespondenzen und -praktiken einbezogen werden), was den Rahmen dieses Gutachtens sprengen würde. **Dieser vertragliche Aspekt sollte aber noch im Detail durch die zuständigen Stellen geprüft werden.** Bzw. es sollte sichergestellt werden, dass auch nach Meinung von Fabasoft die (beschafften und bezahlten) Lizenzen nach Vertragsbeendigung weiter benützt werden können.

II. Fragestellungen und Prüfungsumfang

20. Die Bundeskanzlei hat um die Beantwortung der folgenden Fragen gebeten:
21. Kernfrage: Muss für die weitere Verwendung bzw. Verbreitung des Fabasoft-Produkts eGov-Suite CH in der Bundesverwaltung eine Ausschreibung nach WTO-Regeln durchgeführt werden?

³ Siehe ferner Ziff. 14 RV 2005 3) „[...] So im Rahmen der Beratungsleistung Software entsteht, darf diese Software nur gemeinsam mit dem Standardsoftwareprodukt Fabasoft eGov-Suite CH gebraucht und genutzt werden. Jeder Nutzer dieser Software muss daher über eine **gültige Lizenzvereinbarung für das Standardsoftwareprodukt Fabasoft eGov-Suite CH** gemäss der Festlegungen in diesem Rahmenvertrag verfügen [...]“ (Hervorhebung hinzugefügt).

22. Einzelfragen:

- 1) Frage 1: Genügen die heutigen beschaffungsrechtlichen Grundlagen und die durch das BBL abgeschlossenen Rahmenverträge für die Beschaffung weiterer Fabasoft-Lizenzen (eGov-Suite CH) für einzelne Einheiten der Bundesverwaltung, die das Produkt heute noch nicht verwenden (EFD, UVEK [nur gewisse Ämter], VBS)?
 - 2) Frage 2: Genügen die heutigen beschaffungsrechtlichen Grundlagen für die Beschaffung von zusätzlichen Lizenzen für diejenigen Einheiten, die das Fabasoft-Produkt bereits verwenden?
 - 3) Frage 3: Genügen die heutigen beschaffungsrechtlichen Grundlagen für die weitere Verwendung und Pflege (bzw. Weiterentwicklung) des Fabasoft-Produkts für die bereits lizenzierten Benutzer?
 - 4) Frage 4: Inwiefern kann die Beschaffung weiterer Lizenzen auf beschaffungsrechtliche Ausnahmebestimmungen gestützt werden, etwa Art. 13 Abs. 1 Bst. f der Verordnung zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen?
 - 5) Frage 5: Unter der Hypothese, dass für die zusätzlich zu beschaffenden Geschäftsverwaltungssysteme eine neue Ausschreibung erfolgt bzw. erfolgen muss: Was würde bei einem allfälligen Zuschlag für ein neues Produkt für die Konstellation gelten, in denen ein Amt beispielsweise bereits 100 Lizenzen für das Fabasoft-Produkt im Einsatz hat, nun aber wegen Personalwachstum noch 10 weitere benötigt?
 - 6) Frage 6: Unter der Hypothese, dass das Fabasoft-Produkt weiterhin eingesetzt werden kann: Wäre es zulässig eine WTO-Ausschreibung durchzuführen, bei der ein zweites Produkt neben Fabasoft gesucht wird (Fabasoft würde also ausdrücklich ausgeschlossen)?
 - 7) Frage 7: Wäre es, und wenn ja unter welchen Voraussetzungen, zulässig, den Zuschlag im Rahmen einer allfälligen WTO-Ausschreibung wiederum an Fabasoft zu erteilen; allenfalls zusammen mit einem weiteren Produkt?
23. Die obgenannten Fragen werden mit Blick auf die **Beschaffungsrechtsgesetzgebung (d.h. GPA/BöB/VöB)** geprüft. **Nicht** Gegenstand dieses Gutachten bilden wettbewerbsrechtliche Aspekte sowie die Beurteilung der Bundesinformatikverordnung (BinfV, SR 172.010.58) und der Weisung des Informatikrats des Bundes über die Standardisierung von Informatikprodukten vom 25. März 2002 (Standardisierungsanweisung). An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass nach Art. 9 Abs. 4 BinfV im Zusammenhang mit dem Leistungsbezug die Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vorbehalten bleibt und sich das Verfahren zum externen Bezug von IKT-Leistungen gemäss Art. 25 BinfV u.a. nach dem BöB/VöB richtet.
24. Die nachstehende Analyse basiert auf der geschilderten Ausgangslage sowie – teilweise - auf tatbestandlichen Annahmen, welche als richtig unterstellt werden; sie ist insofern vorläufiger Natur. Sollten (unterstellte) Sachverhaltselemente nicht richtig sein, müsste die Analyse entsprechend angepasst werden.

III. Beschaffungsgegenstand untersteht dem BöB/VöB

25. Die allgemeine Bundesverwaltung untersteht als Auftraggeberin dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. auch Annex 1 zum GPA⁴).
26. IT-Beschaffungen können – je nach Inhalt - als Lieferauftrag und/oder Dienstleistungsauftrag qualifiziert werden. Ob ein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag (oder ein gemischter Auftrag) vorliegt, ist nach Massgabe des GPA (siehe Art. I GPA) bzw. Art. 5 BöB zu beurteilen. IT-Beschaffungen unterstehen grundsätzlich dem GPA/BöB: Einerseits umfasst der Güterbegriff nach GPA/BöB insbesondere auch Standardsoftware bzw. entsprechende Lizenzen⁵, andererseits fallen Informatikdienstleistungen gemäss Anhang 1 Annex 4 GPA („services informatiques et services connexes“, CPC 84) bzw. Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB in den Anwendungsbereich des Gesetzes.
27. Setzt sich eine Beschaffung aus Leistungen verschiedener (dem GPA/BöB unterstellten) Kategorien (z.B. Lieferungen und Dienstleistungen) zusammen, liegt eine gemischte Leistung bzw. ein gemischter Auftrag vor. Für die Bestimmung des relevanten Schwellenwerts ist bei solchen gemischten Aufträgen nach der Schwergewichtstheorie die überwiegende Teilleistung zu eruieren: Ist der Wert der Lieferungen höher als der Wert der Dienstleistungen, ist eine solche Beschaffung als Lieferauftrag zu qualifizieren bzw. im umgekehrten Fall als Dienstleistungsauftrag.⁶
28. Vorliegend ist aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht ersichtlich, in welchem Verhältnis Lieferung- und Dienstleistungselemente stehen. Da der Schwellenwert, ab welchem das BöB anwendbar ist, bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen CHF 230'000 beträgt, kann die Qualifikation als Lieferung oder Dienstleistung vorderhand offen bleiben. (Art. 6 Abs. 1 BöB; VO des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013, AS 2010 5581). Der ausgeschriebene Umfang betrug rund CHF 10.5 Mio.
29. Es handelt sich damit bei dem in Frage stehenden Beschaffungsgeschäft um eine Vergabe im Anwendungsbereich des GPA/BöB/VöB.

⁴ Vorliegend wird nur der Wortlaut des zurzeit gültigen GPA berücksichtigt. Nachfragen beim SECO haben ergeben, dass das revidierte GPA für die Schweiz (wohl) frühestens ca. 2014/2015 in Kraft treten wird.

⁵ Trüeb, in Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, BöB 5 N 27 (zit. Trüeb BöB)

⁶ Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl. Zürich 2007, N 145 (zit. Galli/Moser/Lang/Clerc); Trüeb, BöB 5 N 36 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

IV. Ist der Rahmenvertrag 2005 (heute noch) vergaberechtskonform?

A. Vertragspartner

30. Der Zuschlag beinhaltet die Abschlusserlaubnis: Die Vergabestelle wird ermächtigt (aber nicht verpflichtet) **mit dem Zuschlagsempfänger** (aber nicht mit einem Dritten) einen Vertrag gemäss Ausschreibungsgegenstand abzuschliessen (vgl. auch Art. 22 BöB).⁷ Der Zuschlag bewirkt keine Kontrahierungspflicht.⁸ Der Vertrag darf grundsätzlich nicht mit einer anderen Person als dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen werden; der einzig erlaubte Vertragspartner der Vergabestelle ist der Zuschlagsempfänger.⁹ Wird der Vertrag mit einer anderen Person abgeschlossen, so ist dieser Abschluss grundsätzlich vergaberechtswidrig (spezielle Konstellationen, wie z.B. wirtschaftliche Identität zwischen dem Zuschlagsempfänger und dem Vertragspartner vorbehalten).¹⁰
31. Vorliegend wurde der Zuschlag an **Unisys (Schweiz) AG** erteilt, „**mit Fabasoft Components**“ (publiziert im Shab Nr. 229 vom 23.11.2000). Was dieser Vermerk „mit Fabasoft Components“ genau bedeutet, ist in der Publikation nicht weiter ausgeführt. **Zuschlagsempfängerin war Unisys (Schweiz) AG.**
32. Wird vorliegend unterstellt, dass Fabasoft keine Offerte in dieser Ausschreibung eingereicht hatte bzw. – sofern sie eine solche eingereicht hatte – nicht die zweitplatzierte war (und in diesem Fall bei einem Widerruf des ersten Zuschlags ggf. hätte nachrücken können), **wurde der Rahmenvertrag 2003 und 2005 nicht mit dem Zuschlagsempfänger** abgeschlossen. Soweit dies aufgrund der vorhandenen Informationen beurteilt werden kann, scheint der **Rahmenvertrag mit einem unerlaubten Vertragspartner** abgeschlossen worden zu sein.¹¹
33. Es wird ferner unterstellt, dass der Vertragsabschluss mit Fabasoft selbst nicht publiziert wurde.

⁷ Vgl. Trüeb, Art. 21 BöB N 3.

⁸ Zwischenentscheid des BVerGer vom 30.1.2008, B 6136/2007 / B 6137/2007, E. 6.1.1.

⁹ Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habil., Zürich/Basel/Genf 2012, N 2552 (zit. Beyeler, Geltungsanspruch); Galli/Moser/Lang/Clerc N 520; Vgl. auch BGE 2P.66/2001 E. 2b, wonach der Schluss des Kantonsgerichts, der Zuschlag dürfe **nur an einen Anbieter** ergehen und der Vertrag nur mit einem solchen abgeschlossen werden, aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist.

¹⁰ Beyeler, Geltungsanspruch, N 2552; Martin Beyeler, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag, AJP 2009, S. 1141 ff., S. 1148 (zit. Beyeler, AJP);

¹¹ Vgl. Beyeler, Geltungsanspruch N 2553: „In Bezug auf alle anderen Personen ausser dem Zuschlagsempfänger besteht (nach wie vor) keine Erlaubnis, sondern gilt weiterhin das vergaberechtlich-grundsätzliche Abschlussverbot [...]. Selbst wenn eine bestimmte Person bereit wäre, das Geschäft zu den gleichen oder gar zu besseren Konditionen abzuschliessen als der Zuschlagsempfänger, wäre ein solcher Abschluss unzulässig.“

B. Vertragsumfang

34. Die Formulierungen der Ausschreibung bzw. des Zuschlag und die gestützt darauf abgeschlossenen Rahmenverträge werfen gewisse Fragen auf, insb. auch betreffend Umfang / Inhalt der Ausschreibung (vgl. hierzu Rz. 3 ff.). Diese müssen aber vorliegend nicht weiter vertieft werden.
35. Im Rahmen eines Rahmenvertrags können Leistungen abgerufen werden, solange durch die einzelnen Abrufe bzw. Einzelverträge der ausgeschriebene, zugeschlagene und geschlossene Rahmenvertrag nicht verändert oder überschritten wird.¹²
36. Gemäss den erhaltenen Informationen wurde der (zugeschlagene und publizierte) Betrag von CHF 10'449'326 vollständig **ausgeschöpft**. Weitere Bezüge unter dem Rahmenvertrag 2005 bzw. eine entsprechende Verlängerung bzw. Erweiterung ist damit nur noch unter den Voraussetzungen der freihändigen Vergabe möglich (vgl. dazu Rz. 53 ff.).

C. Vertragsdauer

i. Submissionsrechtlich maximal zulässige Vertragsdauer

37. Die frühere (und heute durch das Bundesverwaltungsgericht abgelöste) Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen („BRK“) hielt 2000 fest:

„Ein Vertrag mit unbestimmter Dauer, der während Jahren nicht gekündigt wird, räumt dem Zuschlagsempfänger eine Vorzugsstellung ein und verschliesst seinen Konkurrenten den Zugang zum Markt für Jahre bzw. Jahrzehnte. Indem er die Konkurrenz verfälscht, beeinträchtigt er eines der Hauptziele des BoeB. Je länger ein solcher Vertrag dauert, desto grösser wird im Übrigen die Wahrscheinlichkeit, dass Anpassungen am Vertrag oder gar eine Neuausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren an sich angezeigt wären. In diesem Sinne verlangt das mit dem BoeB verfolgte Ziel der Markttöffnung, dass eine Dienstleistung, die ein dauerndes oder langwährendes Bedürfnis der Vergabebehörde befriedigen soll, nur für eine bestimmte bzw. maximale Dauer vergeben wird und entsprechend regelmässig wieder öffentlich ausgeschrieben werden kann. Der Bundesgesetzgeber war sich der speziellen Problematik von Verträgen mit einer (über)langen Dauer offenbar nicht bewusst, so dass er ins BoeB keine Bestimmung aufgenommen hat, welche die Dauer solcher Verträge begrenzen würde. Insofern liegt eine Lücke vor.“ (VPB 65.41, E. 3c/ii; Hervorhebungen hinzugefügt).

38. Die BRK ging mit Blick auf das Wettbewerbsgebot davon aus, dass Verträge nur für eine bestimmte bzw. maximale Dauer abgeschlossen werden dürfen. Die BRK bzw. das Bundesverwaltungsgericht haben sich soweit ersichtlich bis-

¹² Beyeler, Geltungsanspruch, N 2929.

lang nicht ausdrücklich zur Frage geäußert, wie lang die submissionsrechtlich maximale zulässige Vertragsdauer sei.

39. In der Literatur wird diesbezüglich insbesondere auf einen (kantonrechtlichen) Submissionsentscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts verwiesen (VB.2000.00136). Dabei handelte es sich um die Vergabe von Stadtingenieuraufgaben, wobei der Zuschlag im März 2000 erfolgte; die Arbeiten sollten teilweise am 1.1.2001 beginnen. Der Vertrag sollte bis mind. 31.12.2007 dauern (erster Kündigungstermin). Das Verwaltungsgericht hielt den Grundsatz fest, dass es nicht im Belieben der Vergabeinstanz liegen kann, das Vertragsverhältnis mit einzelnen Anbietern auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Es beurteilte die vorliegende Dauer (7 Jahre) gerade noch als sachgerecht. Allerdings sei die Vergabestelle gehalten, die Vertragsdauer entsprechend zu beschränken und für die ab 2008 anfallenden Stadtingenieurarbeiten ein erneutes Vergabeverfahren durchzuführen (E.3c). An dieser Rechtsprechung hielt das Zürcher Verwaltungsgericht in verschiedenen Entscheiden fest.¹³
40. Das GPA seinerseits stellt eine Regel auf, wie der Auftragswert "im Falle von Aufträgen mit unbeschränkter Zeitdauer" zu berechnen ist (Art. II Ziff. 5 lit.b GPA; 48 Monatsraten). Entsprechend sieht Art. 15 Abs. 1 Bst. b VöB bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit eine entsprechende Wertbemessung vor. Daraus ist zu schliessen, dass gewisse Vertrag mit einer unbestimmten Laufzeit zumindest nicht von vornherein rechtswidrig sind.¹⁴ Letztlich geht es um eine **Abwägung des Wettbewerbsgebots gegenüber dem Wirtschaftlichkeitsgebot**, nämlich um die Frage, "ob das Beschaffungsrecht tatsächlich den gleichmässigen Marktzugang der Anbieter sichern will oder ob nicht die Gleichbehandlung vor allem ein Instrument ist, die Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Beschaffung zu fördern".¹⁵
41. Letztlich war sich auch der Gesetzgeber der bestehenden Regelungslücke bewusst. Der am 1.1.2010 in Kraft getretene Art. 15a VöB sieht vor, dass ein **Vertrag über wiederkehrenden Leistungen grundsätzlich für höchstens fünf Jahre** abgeschlossen werden darf, **wobei in begründeten Fällen eine längere Vertragsdauer oder eine massvolle Verlängerung eines bestehenden Vertrags vereinbart werden kann**. Zu Art. 15a Abs. 2 VöB wurde im Erläuternden Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) des Eidg. Finanzdepartements vom 18. Nov. 2009 (S. 10) Folgendes festgehalten:

„Die Auftraggeberin soll nur in Ausnahmefällen eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren vereinbaren. Es handelt sich hierbei um eine rein verwaltungsinterne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Die Auftraggeberin hat die Ausnahme zu begründen. Ein längerer Zeitraum ist insbeson-

¹³ Entscheid VerwGer ZH vom 16. Juli 2008 (VB 2008.00111, E. 8); Entscheid VerwGer ZH vom 25.1.2006 (VB 2005.00200, E. 6); Entscheid VerwGer ZH vom 8.3.2006 (VB 2005.00504, E. 7); Entscheid VerwGer ZH vom 13.9.2006 (VB 2005.00577, E. 4.2).

¹⁴ Hubert Stöckli, BR 2002, S. 69, Anmerkung 1.

¹⁵ Hubert Stöckli, BR 2002, S. 69, Anmerkung 3.

*dere verhältnismässig, wenn betriebswirtschaftliche Gründe (z.B. Amortisation der Verfahrenskosten oder von Investitionen) eine längere Dauer und damit eine massvolle Beschränkung des Marktzuganges rechtfertigen. Dasselbe gilt für die Verlängerung eines bereits bestehenden Vertrages. **Auf die Regelung einer maximal möglichen Vertragsdauer wird, trotz einzelner entsprechender Eingaben in der Vernehmlassung, verzichtet**; zu gross ist die Vielfältigkeit der möglichen Einzelfälle.“ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

42. Artikel 15a VöB ist grundsätzlich erst auf Vergabeverfahren anwendbar, die nach dem 1.1.2010 öffentlich ausgeschrieben werden bzw. – sofern keine öffentliche Ausschreibung erfolgt – bei denen die erste Einladung zur Angebotsabgabe nach dem 1.1.2010 erfolgt (Art. 72b VöB).
43. Im Übrigen sieht auch Art. 9 Abs. 3 der Standardisierungsweisung vor, dass Rahmenverträge mit den Lieferanten von Standardprodukten zeitlich befristet und den Bedarf an entsprechenden Produkten in angemessenen Abständen wieder auszuschreiben ist (ebenso Art. 12 Abs. 2 Standardisierungsanweisung). Standardisierungsentscheide sind gemäss Art. 8 der Standardisierungsweisung nach Ablauf einer Frist von maximal vier Jahren zu überprüfen.
44. Gewisse kantonale Gesetzgebungen sehen eine maximale Vertragsdauer vor (z.B. Kanton Luzern: 10 Jahre).¹⁶
45. Auch in der Literatur herrscht die Meinung vor, dass „ewige Verträge“ nicht zulässig sind. Gemäss SCHNEIDER-HEUSI/JOST sind Verträge, die sich jeweils stillschweigend um ein weiteres Jahr verlängern und kein definitives Ende vorsehen, unzulässig, da sie den Wettbewerb behindern.¹⁷ Auch TRÜEB hält dafür, dass wiederkehrende Leistungen oder Dauerleistungen nur für eine bestimmte Dauer vergeben werden können und **regelmässig wieder öffentlich auszuschreiben sind**.¹⁸ BEYELER hält dafür, dass „ewige“ Verträge, Verträge mit überlanger Laufzeit sowie ein zu oft wiederholtes Verlängern von Verträgen vergaberechtlich nicht zulässig sind und solche Verträge diesbezüglich vergaberechtswidrig sind (bzw. es werden, sobald der Vertrag über die zulässige Höchstdauer hinaus bestanden hat).¹⁹
46. Muss ein Beschaffungsgegenstand neu ausgeschrieben werden, bedeutet dies auf der anderen Seite, dass die Vergabebehörde verpflichtet ist, den bisher bestehenden Vertrag zu kündigen.²⁰

¹⁶ „Daueraufträge dürfen in der Regel höchstens für zehn Jahre vergeben werden. Dabei ist der Gesamtwert massgebend.“ (Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998, Nr. 734, Art. 3 Abs. 4).

¹⁷ Claudia Schneider Heusi/ Felix Jost, Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren, BR Sonderheft 2006, S. 27 ff., S. 31. Siehe auch Galli/Moser/Lang/Clerc, N 707.

¹⁸ Trüeb, BÖB 1 N 10.

¹⁹ Beyeler, AJP 2009, 1149.

²⁰ Denis Esseiva, BR 2000, S. 128; Matthias Hauser, Vergabe langfristiger Aufträge, publ. in Kriterium, Information zur Submissionspraxis KÖB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, Nr. 24/Januar 2009, S. 3 (zit. Hauser, Vergabe langfristiger Aufträge).

Hinweis: Die BRK hielt mit Blick auf einen vor dem Inkrafttreten des BöB gültig abgeschlossenen Vertrag mit unbestimmter Dauer fest, dass das BöB die Vergabebehörden nicht zu verpflichten vermag, „in eine bestehende, **vor dem Inkrafttreten des Gesetzes** gültig für eine unbestimmte Dauer eingegangene vertragliche Verpflichtung einzugreifen“, d.h. den Vertrag zu kündigen (VPB 65.41, E. 3c/kk, Hervorhebungen hinzugefügt). Vorliegend wurde der Auftrag bzw. der Rahmenvertrag 2003 bzw. 2005 **nach Inkrafttreten des BöB** vergeben bzw. abgeschlossen. Damit findet die besagte Rechtsprechung der BRK keine Anwendung.

47. Die obigen Ausführungen zeigen, dass es bislang keine absolute, in Stein gemeisselte maximale Vertragsdauer gibt. Was zulässig ist, hängt wohl auch wesentlich vom Vertragsgegenstand ab. Es ist jedoch unbestritten, dass es nicht im Belieben einer Vergabebehörde liegen kann, ein Vertragsverhältnis mit einem Anbieter auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Die Tendenz geht klar dahin, dass ewige Verträge als nicht zulässig eingestuft werden bzw. wiederkehrende Leistungen oder Dauerleistungen regelmässig wieder öffentlich auszuschreiben sind.

ii. Ausgeschriebene, zugeschlagene und vertraglich vereinbarte Vertragsdauer

48. Uneinheitlich wird die Frage beantwortet (soweit sie denn überhaupt behandelt wird), was gilt, wenn in der Ausschreibung eine bestimmte Vertragsdauer vorgesehen wurde, der abgeschlossene Vertrag dann aber (privatrechtlich) eine Verlängerungsmöglichkeit über die ausgeschriebene Dauer vorsieht. BEYELER hält dafür, dass der abgeschlossene Vertrag grundsätzlich keine längere Laufzeit vorsehen dürfe, als ausgeschrieben und zugeschlagen wurde.²¹ Das Luzerner Verwaltungsgericht hingegen hat sich im Entscheid vom 23. Juni 2009 (V 09 114_1) auf den Standpunkt gestellt, dass es das Prinzip der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel der Vergabestelle im vorliegenden Fall erlaube, die Vertragsdauer (angemessen) zu verlängern. Ausgehend von der ausgeschriebenen Vertragsdauer von vier Jahren sah es das Verwaltungsgericht als gerechtfertigt an, die Geltungsdauer des Vergabeentscheids auf insgesamt sechs Jahre festzulegen. Danach sei die Leistung jedoch wieder öffentlich auszuschreiben.

iii. Im vorliegenden Fall

49. **Ausgeschrieben** war als Ausführungs- oder Liefertermin eine **Dauer von 2000 bis ca. Ende 2005**. Der Rahmenvertrag 2003, welcher für eine feste Vertragsdauer von rund zwei Jahren bis 31.12.2004 abgeschlossen wurde und nach Ablauf dieser Frist als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen galt (mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten, Ziff. 14 RV 2003) wurde durch den Rahmenvertrag 2005 ersetzt. Der Rahmenvertrag 2005 hatte eine feste Vertragsdauer bis Ende 2009 und **gilt nachher als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen** (mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten per 30.6 oder 31.12; Art. 20 RV 2005). Damit dauert das Vertragsverhältnis bis heute (gezählt ab dem ersten Rahmenvertrag 2003) rund 10 Jahre bzw. (gezählt ab dem zweiten Rahmenvertrag) rund 7 Jahre. Meines Erachtens ist der Abschluss des neuen Rahmenvertrags 2005, welcher den alten Rahmenvertrag 2003 ablöste, bzw. die stillschweigende Weiterführung des Rahmenvertrags

²¹ Beyeler, Geltungsanspruch, N 2563 und 2564, siehe auch N 2925.

2005 als eine Einheit zu betrachten, so dass vorliegend von einer Vertragsdauer bis heute von 10 Jahre auszugehen ist. Im Zuschlag selbst ist die Vertragsdauer nicht erwähnt.

50. Mit einer bereits zehnjährigen Vertragsdauer ist die **ausgeschriebene Vertragsdauer** von rund 5 Jahren bereits (signifikant) **überschritten**.
51. Wie oben erwähnt, gibt es keine in allen Fällen gültige absolute maximal zulässige Vertragsdauer. Aufgrund der bekannten Rechtsprechung sowie dem neuen Artikel Art. 15a VöB muss jedoch davon ausgegangen werden, dass eine Vertragsdauer von zehn Jahren – soweit sie denn überhaupt noch als zulässig erachtet würde – sich wohl am obersten Rand des Zulässigen befinden würde. Von dem her kann vorliegend die (umstrittene) Frage, ob die vertraglich vereinbarte bzw. verlängerte Vertragsdauer überhaupt die ausgeschriebene Vertragsdauer überschreiten darf (vgl. hierzu Rz. 48 oben), offen gelassen werden.

D. Zwischenfazit

52. Da der Umfang des ausgeschriebenen Auftrags vorliegend bereits ausgeschöpft ist, die publizierte Vertragsdauer von fünf Jahren bereits signifikant überschritten ist (wohl auch die Höchstdauer des Vertrags mit den bestehenden 10 Jahren bereits oder zumindest in Bälde ausgereizt ist), ist grundsätzlich eine **neue Ausschreibung für die nachgefragten Leistungen vorzunehmen**.²² Vorbehalten bleibt allerdings der Fall, wo eine Vertragserweiterung und/oder -verlängerung sich auf einen Ausnahmestatbestand stützt, welcher eine freihändige Vergabe erlaubt.²³ Nachstehend wird deshalb geprüft, ob und unter welchen Voraussetzungen eine freihändige Vergabe möglich wäre.

V. Voraussetzungen der freihändigen Vergabe

A. Rechtliche Rahmenbedingungen

53. Im Anwendungsbereich des BöB hat eine Vergabestelle die nachgefragten Leistungen grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Eine freihändige Vergabe ist nur unter einer in Art. 13 Abs. 1 VöB aufgezählten Voraussetzungen zulässig (siehe auch Art. 16 i.V.m. Art. 13 Abs. 2 BöB). Die in Art. 13 Abs. 1 VöB aufgeführten Gründe, die zu einer freihändigen Vergabe berechtigen, sind **ab-**

²² Hauser, Vergabe langfristiger Aufträge, S. 3.

²³ Beyeler, Geltungsanspruch N 2563, Fn. 2331 a.E.; siehe auch Hauser, Vergabe langfristiger Aufträge, S. 3.

schliessend aufgeführt²⁴, „gleichgültig, wie überzeugend andere mögliche Rechtfertigungen für freihändige Vergaben sein mögen“²⁵.

54. Die Begründung für diese Erlaubnis zur freihändigen Vergabe in Art. XV GPA bzw. Art. 13 Abs. 1 VöB liegt in der Anerkennung der Tatsache, dass die Kosten der durch das Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung zu gewährleisten- den Herstellung der Wettbewerbssituation und der Transparenz unter besonde- ren Umständen höher sein können als der Vorteil, der durch die offene Ausschreibung erreicht wird.²⁶ Bei der freihändigen Vergabe wird damit die Wirtschaftlichkeit der Vergabe höher gewichtet als die Stärkung des Wettbe- werbs.²⁷

55. Art. 13 Abs. 1 VöB sieht vor:

Die Auftraggeberin kann den Auftrag unter einer der folgenden Voraussetzun- gen direkt und ohne Ausschreibung vergeben:

- a. *Es gehen im offenen oder selektiven Verfahren keine Angebote ein, oder es erfüllt weder ein Anbieter noch eine Anbieterin die Eignungs- kriterien.*
- b. *Es werden im offenen oder selektiven Verfahren ausschliesslich Ange- bote eingereicht, die aufeinander abgestimmt sind oder die nicht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen.*
- c. **Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Ei- gentums kommt nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Fra- ge, und es gibt keine angemessene Alternative.**
- d. *Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung so dring- lich, dass kein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden kann.*
- e. *Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse werden zur Ausführung oder Abrundung eines zuvor im Wettbewerb vergebenen Bauauftrages zu- sätzliche Bauleistungen notwendig, deren Trennung vom ursprüngli- chen Auftrag aus technischen und wirtschaftlichen Gründen für die Auftraggeberin mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Der Wert der zusätzlichen Bauleistung darf höchstens die Hälfte des Werts des ursprünglichen Auftrages ausmachen.*
- f. **Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen müssen dem ursprünglichen Anbieter**

²⁴ Trüeb, BöB 13 N 6; Wolf, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht, S. 127 ff., S. 135 N 15 (zit. Wolf); Zwischenent- scheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 4.1.

²⁵ Zwischenentscheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 4.2; ebenso Zwischenent- scheid des BVerGer vom 2. Juli 2009, B-3402/2009, E. 4.2.

²⁶ Zwischenentscheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 4.1.

²⁷ Zwischenentscheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 4.1.

oder der ursprünglichen Anbieterin vergeben werden, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist.

- g. *Die Auftraggeberin beschafft Erstanfertigungen von Gütern (Prototypen) oder neuartige Dienstleistungen, die auf ihr Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrages hergestellt oder entwickelt werden.*
- h. *Die Auftraggeberin vergibt einen neuen gleichartigen Bauauftrag, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen oder selektiven Verfahren vergeben wurde. Sie hat in der Ausschreibung für das Grundprojekt darauf hingewiesen, dass für solche Bauaufträge das freihändige Vergabeverfahren angewendet werden kann.*
- i. *Die Auftraggeberin beschafft Güter an Warenbörsen.*
- k. *Die Auftraggeberin kann Güter im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit zu einem Preis beschaffen, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt (insbesondere bei Liquidationsverkäufen).*
- l. *Die Auftraggeberin vergibt die Folgeplanung oder die Koordination der Leistungen zur Umsetzung der Planung an den Gewinner oder die Gewinnerin, der oder die im Rahmen eines vorausgehenden Verfahrens die Lösung einer planerischen Aufgabe erarbeitet hat. Dabei müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:*
 - 1. *Das vorausgehende Verfahren wurde in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Gesetzes durchgeführt.*
 - 2. *Die Lösungsvorschläge wurden von einem mehrheitlich unabhängigen Gremium beurteilt.*
 - 3. *Die Auftraggeberin hat sich in der Ausschreibung vorbehalten, die Folgeplanung oder die Koordination freihändig zu vergeben.*

- 56. Von diesen Ausnahmen können die Bst. a, b, e, g-l vorliegend ausgeschlossen werden. Die Ausnahme der Dringlichkeit (Bst. d) erscheint ebenfalls nicht als naheliegend. Die vorliegend in Frage kommenden Ausnahmen betreffen Bst. c und f.
- 57. Nachstehend wird deshalb geprüft, ob eine freihändige Vergabe bzw. eine Verlängerung des Rahmenvertrags 2005 allenfalls gestützt auf **Art. 13 Abs. 1 Bst. c und f VöB** zulässig ist. Die weiteren Fälle, welche bei gegebenen Voraussetzungen eine freihändige Vergabe zulassen, vorliegend aber als nicht relevant eingestuft werden, werden nicht weiter geprüft.

B. Staatsvertragskonforme und restriktive Auslegung der Ausnahmetatbestände

- 58. Im Anwendungsbereich des GPA/BöB müssen die Voraussetzungen gemäss Art. XV GPA bzw. Art. 13 VöB gegeben sein, damit ein Auftrag freihändig vergeben werden kann.

59. Wann genau ein zulässiger Freihandtatbestand vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Gründe von Art. 13 VöB basieren zwar auf Artikel XV Ziffer 1 GPA, weichen in ihrer Formulierung teilweise jedoch ab. Im Anwendungsbereich des GPA/BöB ist Art. 13 VöB **staatsvertragskonform**, d.h. in Übereinstimmung mit Artikel XV Ziffer 1 GPA, **auszulegen**.²⁸
60. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind die zulässigen Freihandtatbestände gemäss Art. 13 VöB **eng auszulegen**.²⁹ Dabei liegt die Beweislast für das Vorliegen der geltend gemachten Voraussetzungen grundsätzlich bei der Vergabestelle (siehe aber auch Rz. 66).³⁰

C. Art. 13 Bst. c VöB: Technische Besonderheiten bzw. Schutz geistigen Eigentums

a) Grundlagen

61. Ausgangspunkt für den (in Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB geregelten) Ausnahmestatbestand der technischen Besonderheiten bzw. Schutz des geistigen Eigentums ist Artikel XV Ziff. 1 Bst. b des GPA, welcher wie folgt lautet³¹:

Die Bestimmungen der Artikel VII-XIV über das offene und das selektive Verfahren brauchen unter den nachfolgenden Bedingungen nicht angewendet zu werden, sofern die freihändige Vergabe nicht mit der Absicht, den grösstmöglichen Wettbewerb zu verhindern, oder so angewendet wird, dass sie ein Mittel zur Diskriminierung zwischen ausländischen Anbietern oder zum Schutz inländischer Produzenten und Anbieter darstellt:

[...]

Bst. b: wenn bei Kunstwerken oder aus Gründen des Schutzes ausschliesslicher Rechte, wie Patent- oder Urheberrechte, oder bei fehlendem Wettbewerb aus technischen Gründen die Waren oder Dienstleistungen nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können und es keine angemessene Alternative oder keine Ersatzware gibt; [...]

²⁸ Trüeb, BöB 13 N 6; Christoph Meyer, Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht, AJP 2005, S. 716 ff, S. 717 (zit. Meyer, AJP 2005).

²⁹ Zwischenentscheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 4.2; Zwischenentscheid des BVerGer vom 2. Juli 2009, B-3402/2009, E. 4.2 (m.w.H.); BRK 2000-007 (VPB 65.41) E. 4a; ebenso: Rechsteiner, Die Ausschreibungspflicht: Grundsatz mit vielen Ausnahmen, Baurecht Sonderrecht 2004, S. 36 ff., S. 39 (zit. Rechsteiner, BR Sonderheft 2004). In der Lehre wird die generelle restriktive Auslegungspraxis teilweise kritisiert bzw. relativiert: siehe z.B. Trüeb BöB 13 N 8; Wolf, S. 135 N 15; siehe auch Meyer, AJP 2005, S. 718.

³⁰ Zwischenentscheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 4.2; Zwischenentscheid des BVerGer vom 2. Juli 2009, B-3402/2009, E. 4.2 (m.w.H.), BRK 2000-007 (VPB 65.41) E. 4b.

³¹ Authentische Vertragssprachen sind das Englische, das Französische und das Spanische; der deutsche Text ist bloss eine Übersetzung. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i6/0.632.231.422.de.pdf>

62. Basierend darauf hält Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB fest, dass eine Freihandvergabe ausnahmsweise zulässig ist, wenn i) aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums **nur ein Anbieter** in Frage kommt und ii) es **keine angemessene Alternative** gibt.
63. Die beiden Voraussetzungen, nämlich dass (erstens) aus den genannten Gründen bzw. Besonderheiten nur ein Anbieter in der Lage ist, die gewünschte Leistung zu erbringen, und (zweitens) es keine angemessene Alternative gibt, müssen **kumulativ** erfüllt sein.³²

b) Vorliegen einer angemessenen Alternative

i. Grundsätzliches

64. Der Ausnahmetatbestand von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB setzt u.a. voraus, dass es **keine angemessene Alternative** (zu den zu beschaffenden Fabasoft-Produkten bzw. Leistungen) gibt.
65. Dabei sind nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Beurteilung, ob eine Alternative angemessen ist, nebst den technisch-funktionalen auch die wirtschaftlichen Aspekte zu berücksichtigen.³³ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Microsoft-Fall kann ein Angebot nicht als angemessene Alternative im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB betrachtet werden, **wenn es wirtschaftlich nicht mindestens etwa gleich günstig ist wie das beschaffte Produkt.**³⁴

Bemerkung: Die Beschwerdeführer im Microsoft-Fall sind daran gescheitert, dass sie **nicht konkret ein Alternativprodukt angeboten und dessen funktionale und wirtschaftliche Gleichwertigkeit substantiiert dargelegt haben.**³⁵ Ob das Vorgehen des BBL rechtmässig gewesen war oder nicht, wurde durch das Bundesgericht nicht beurteilt.

66. Dabei kann – so das Bundesgericht – von der Vergabestelle im Rahmen der Prüfung, ob angemessene Alternativen vorhanden sind, nicht verlangt werden, theoretisch und abstrakt zu prüfen, ob alternative Lösungen denkbar seien; vielmehr müsse ein potentieller Anbieter im Beschwerdeverfahren geltend machen, dass er eine konkrete Lösung anbietet, welche sowohl funktional als auch wirtschaftlich eine angemessene Alternative darstellt. Ob das Bundesgericht dadurch tatsächlich die Beweislast für das Bestehen der angemessenen Alternative generell umkehren wollte, bleibt abzuwarten; in der Lehre wurde

³² Zwischenentscheid des BVerGer vom 2. Juli 2009, B-3402/2009, E. 5.1: „Die zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen müssen tatsächlich nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können und zusätzlich darf keine angemessene Alternative oder Ersatzware zur Verfügung stehen [...] Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann der bisherige Anbieter den Auftrag nicht für sich beanspruchen, auch wenn mit einer direkten Vergabe aufgrund seinerseits bereits erbrachter gleichartiger Leistungen gewisse Vorteile verbunden sind.“ Ebenso Zwischenentscheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 5.1.1.

³³ BGE 137 II 313, E. 3.6.1; Trüeb, BöB 13 N 8a.

³⁴ BGE 137 II 313, E. 3.6.1.

³⁵ BGE 137 II 313, E. 3.6.2.

diesbezüglich teilweise Kritik geäussert.³⁶ Eine sorgfältige Vergabestelle wird sich die Frage, ob die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben sind, auch in Zukunft stellen und (vorab) beurteilen müssen.

ii. *Angemessene Alternativen zum Fabasoft-Produkt eGov Suite CH*

67. Eine freihändige Vergabe ist gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB ausgeschlossen, wenn es angemessene Alternativen zum Produkt eGov-Suite CH gibt.
68. Heute sind gemäss den erhaltenen Informationen in der Bundesverwaltung auch andere Geschäftsverwaltungslösungen in Gebrauch, z.B. iGEKO (im VBS, BAG) oder i-Engine (z.B. Armasuisse). Diese Lösungen iGEKO bzw. i-Engine sind im Bund noch nicht standardisiert, verfügen aber über eine Ausnahme-genehmigung bis Ende 2014 bzw. 30. Juni 2015.³⁷ Im Rahmen der Ausnahmeanträge wurde in einem bestimmten Rahmen (mittels Selbstdeklaration) geprüft, ob iGEKO bzw. i-Engine den fachlichen Anforderungen entsprechen.³⁸ Während iGEKO diese Tests bestanden hat, hat i-Engine offenbar noch nicht alle Tests bestanden (eine Ablieferungsschnittstelle ist gemäss den erhaltenen Informationen noch ausstehend).
69. Gemäss den erhaltenen Informationen wurden sowohl iGEKO als auch i-Engine aufgrund der Tatsache, dass sie nicht WTO-konform beschafft wurden, nicht standardisiert (vgl. Art. 9 Standardisierungsanweisung).
70. Der Umstand, dass bereits heute Verwaltungseinheiten andere Geschäftsverwaltungslösungen im Gebrauch haben, welche auch die Anforderungstests ganz (wie z.B. iGEKO) bestanden haben, bedeutet, **dass es auf dem Markt angemessene Alternativen zum Fabasoft Produkt gibt**. Ferner wurde die Geschäftsverwaltungslösung bereits einmal (1999) ausgeschrieben. Auch dies deutet darauf hin, dass Alternativen zum Produkt eGov-Suite vorhanden sind.³⁹
71. Im IRB-Beschluss Nr. 201-128-230 betreffend GEVER Ausnahmeanträge vom 29.8.2011 wird festgestellt, dass es „keine markanten Unterschiede in den langfristigen Gesamtkosten der zur Diskussion stehenden Produkte (Standardprodukte, iGEKO und i-engine) nachgewiesen wurden“ (Ziff. 4). Während diese Aussage wohl im Zusammenhang mit einer möglichen Ausnahmebewilligung nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a der Standardisierungsweisung erfolgte, kann daraus der Schluss gezogen werden (und dies wird nachfolgend unterstellt), **dass diese Produkte auch in wirtschaftlicher Hinsicht (d.h. kosten-**

³⁶ Siehe Schneider Heusi/Mazzariello, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in Jusletter 23. Mai 2011, N 30 (zit. Schneider Heusi/Mazzariello), welche vertreten, dass nicht anzunehmen ist, dass das Bundesgericht mit dem stark durch prozessuale Fragen geprägten Entscheid eine generelle Umkehr der Beweislast statuieren wollte.

³⁷ Beschluss des IRB vom 29.8.2011 betr. GEVER-Ausnahmeanträge.

³⁸ Siehe Vorgehen bei Ausnahmeanträgen von GEVER-Lösungen, V 1.0 vom 22.4.2010; S001 – IKT-Teilstrategie GEVER (2008-2012), V. 2.02 vom 9.10.2008.

³⁹ Vgl. Zwischenentscheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 5.1.3 in fine.

mässig) durchaus eine angemessene Alternative darstellen. Es darf ferner wohl davon ausgegangen werden, dass – wären diese Alternativlösungen erheblich teurer – sie nicht bei verschiedenen Verwaltungseinheiten im Einsatz wären. Schliesslich wird im Rahmen einer Ausnahmeprüfung offenbar jeweils auch ein Wirtschaftlichkeitsnachweis eingefordert.⁴⁰

72. Bereits die Tatsache, dass angemessene Alternativen bestehen, schliesst eine Freihandvergabe gestützt auf Art. 13 Bst. c VöB aus.

c) Aufgrund technischer Besonderheiten oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter in Frage

73. Damit der Ausnahmetatbestand von Art. 13 Bst. c VöB anwendbar ist, darf ferner aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums **nur ein Anbieter** in Frage kommen. D.h. die zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen müssen tatsächlich nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können.⁴¹
74. Es stellt sich die Frage, ob vorliegend tatsächlich nur Fabasoft die zu beschaffenden Leistungen erbringen kann. Dies ist meines Erachtens aus den nachfolgenden Gründen zu verneinen.
75. Im Zusammenhang mit dem Microsoft-Fall hielt das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Prima-Facie-Prüfung fest:

*„Mit diesen Aussagen geht die Vergabestelle richtigerweise von der Prämisse aus, dass die **freihändige Vergabe möglicherweise bereits dann ausgeschlossen ist, wenn es Microsoft-Wiederverkäufern aus technischer und immaterialgüterrechtlicher Sicht möglich wäre, dieselbe Leistung ebenfalls zu erbringen.** Diesfalls müsste nicht erörtert werden, ob in den Open Source Software-Produkten eine hinreichende Alternative zu Microsoft-Produkten zu sehen ist.“ (Zwischenentscheid des BVerGer v. 2. Juli 2010, B-3402/2009 E. 5.2).*

76. Auf der Homepage des Produkts eGov-Suite von Fabasoft sind diverse Technologie-Partner und Solutionprovider (wie z.B. Business Object Solutions, CSC, Bedag) aufgeführt. Auf der Webseite des Produkts Fabasoft Folio, auf welcher die Fabasoft eGov-Suite offenbar basiert, sind ebenfalls diverse Technologie-Partner, Solutionprovider bzw. Value Added Resellers aufgeführt, unter anderem auch Unisys (die frühere Zuschlagsempfängerin des 1999 ausgeschriebenen Auftrags). Der (auf der Webseite von Fabasoft erwähnte) Partner Bedag wirbt in einem Prospekt bspw. damit, dass sein ECM-Team [Enterprise-Content-Management-Team] langjährige Erfahrung in der Entwicklung und Einführung von GEVER-Systemen sowie technisches Produkt-Know-how zur

⁴⁰ Vorgehen bei Ausnahmeanträgen von GEVER-Lösungen, V 1.0 vom 22.4.2010, Ziff. 2.1.

⁴¹ Zwischenentscheid des BVerGer vom 2. Juli 2009, B-3402/2009, E. 5.1; Rechsteiner, BR Sonderheft 2004, S. 36 ff., S. 40.

Fabasoft-eGov-Suite und zu GEVER Office habe; Bedag leistet gemäss Prospekt u.a. auch Wartung und 3rd level support.⁴²

77. Ob diese genannten Fabasoft Partner die nachgefragten Fabasoft-Produkte und Leistungen (als Wiederverkäufer / Reseller) tatsächlich erbringen könnten, kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht abschliessend beurteilt werden.
78. Allerdings deuten diese auf dem Internet verfügbaren Informationen einstweilen stark darauf hin, **dass Fabasoft nicht die einzige mögliche Erbringerin der nachgefragten Fabasoft-Produkte bzw. Leistungen ist.** Diese getroffene Annahme stimmt auch damit überein, dass im Rahmen der ursprünglichen Ausschreibung Unisys (also nicht der Hersteller der Fabasoft-Software selbst) ein Angebot mit Fabasoft Components eingereicht hatte und auch den entsprechenden Zuschlag erhielt. **Erweist sich diese vorstehende Annahme als richtig, fehlt es an der Voraussetzung, dass nur ein Anbieter in Frage käme.**
79. Deshalb kann auf weitere Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen des Schutzes des geistigen Eigentums oder der technischen Besonderheiten verzichtet werden.

d) Zwischenfazit

80. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist nach der hier vertretenen Meinung davon auszugehen, dass aufgrund von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB **keine freihändige Vergabe** erfolgen kann.

D. Art. 13 Abs. 1 Bst. f VöB: Folgevergaben

a) Grundlagen

81. Nach Art. 13 Abs. 1 Bst. f VöB ist eine freihändige Vergabe ausnahmsweise zulässig, wenn die Leistungen zur **Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen** dem ursprünglichen Anbieter oder der ursprünglichen Anbieterin vergeben werden müssen, **weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen** gewährleistet ist.
82. Dieser Ausnahmetatbestand wird häufig verkürzt als Ausnahmetatbestand der **Folgevergaben** bezeichnet. Diese Bezeichnung wird auch im Folgenden verwendet.
83. Der Ausnahmetatbestand der VöB betreffend Folgevergaben basiert auf Art. XV Ziffer 1 Bst. d GPA. Danach kann ein Auftrag freihändig vergeben werden:

*Bst. d: „bei zusätzlichen Lieferungen der ursprünglichen Anbieter, die entweder als **Ersatzteile für** gelieferte Waren oder **bestehende Anlagen** oder als **Ergänzungslieferungen oder zur Erweiterung bestehender Dienstleistungen** oder **Anlagen** bestimmt sind, wenn ein Wech-*

⁴² http://www.bedag.ch/solutions/ecm/ecm_mappe.pdf (besucht am 20. Nov. 2012).

sel des Anbieters die Beschaffungsstelle dazu zwingen würde, Material oder Dienstleistungen zu kaufen, welche die Bedingungen der Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder vorhandenen Dienstleistungen nicht erfüllen;

[Fussnote 8 zu Bst. d]: Es gilt als vereinbart, dass «bestehende Anlagen» Software in dem Ausmass umfassen, als die Erstbeschaffung der Software diesem Übereinkommen unterlag.“

b) Anforderungen an die Erstbeschaffung

84. Gemäss der Fussnote 8 (Rz. 83) umfassen bestehende Anlagen Software in dem Ausmass, als die Erstbeschaffung der Software diesem Übereinkommen unterlag. Es fragt sich, welche Bedeutung dieser Aussage zukommt.⁴³
85. Nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wird „als Voraussetzung der Anrufung dieses Ausnahmetatbestands [der freihändigen Folgevergaben] [...] verlangt, dass die **früher bezogenen Leistungen**, zu welchen die Austauschbarkeit gewährleistet werden soll, **in einem dem massgeblichen Auftragswert entsprechenden Verfahren vergeben wurden**“ (Hervorhebungen hinzugefügt).⁴⁴
86. Es fragt sich, ob die (u.a.) vom Bundesverwaltungsgericht gewählte Formulierung bedeutet, dass die Anforderung an die Erstbeschaffung sich darin erschöpft, dass die richtige Verfahrensart gewählt wurde (z.B. offenes oder selektives Verfahren) oder ob damit ganz allgemein vorausgesetzt wird, dass die Erstbeschaffung vergaberechtskonform bzw. GPA-konform durchgeführt wurde.
87. In der Lehre (soweit sich Autoren überhaupt hierzu äussern) finden sich u.a. folgende Meinungen:
- Nach WOLF ist es „jedoch als selbstverständlich vorauszusetzen, dass die Erstbeschaffung GPA-konform durchgeführt wurde, was auf der Ebene des Staatsvertragsrechts nur bedeuten kann, dass ein offenes oder selektives Verfahren stattgefunden hat“.⁴⁵
 - Gemäss RECHSTEINER „ist die Berufung auf diesen Artikel [Art. XV GPA Ziff. 1 Bst. d] bei Softwarebeschaffung nur dann zulässig, wenn die ursprüngliche Beschaffung **tatsächlich gemäss den Regeln des GPA erfolgt ist**. Das bedeutet, dass Vergabestellen, welche Ersatz-, Ergänzungs- oder Erweiterungs-Software beschaffen wollen, sich nicht auf diesen Artikel berufen können, wenn die Erstbeschaffung nicht GPA-

⁴³ Siehe Wolf, S. 144 Fn. 60, wonach die Fussnote 8 schwer verständlich ist.

⁴⁴ Zwischenentscheid des BVerGer vom 15. Okt. 2009, B-5729/2009, E. 5.2.1; Zwischenentscheid des BVerGer vom 2. Juli 2009, B-3402/2009, E. 6.1; ebenso mit Bezug auf den kantonalrechtlichen (praktisch gleichlautenden) Ausnahmetatbestand von § 11 Bst. f der (früheren) Submissionsverordnung ZH, Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 9.11.2001 (VB.2001.00116, E. 4d/aa); Galli/Moser/Lang/Clerc, N 208.

⁴⁵ Wolf, S. 146 N 45.

konform erfolgt ist und dass dann – bei gegebenem Schwellenwert – ein selektives oder offenes Verfahren durchzuführen ist“ (Hervorhebungen hinzugefügt).⁴⁶

- Nach SCHNEIDER HEUSI/MAZZARIELLO ist entscheidend, „ob die zu ergänzende bzw. zu erweiternde Leistung seinerzeit in einem rechtskonformen öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben oder ob eine Reihe von freihändigen Vergaben unzulässigerweise «aneinander gekettet» werden“.⁴⁷
- ARROWSMITH äussert sich wie folgt: “It is not clear whether GPA Article XVI(d) can be invoked when the incompatible equipment was originally purchased in contravention of the obligation in GPA Article VI.2 to use technical specifications referring to international standards. It is submitted that **it cannot**, on the basis that such a purchase involves a continuing breach of Article VI.2.”⁴⁸ (Hervorhebung hinzugefügt)

88. Wie oben aufgezeigt, erscheint das **ursprüngliche Vergabeverfahren** mit dem **Makel** behaftet, dass der Vertrag **über die ausgeschriebenen Leistungen offenbar nicht mit der Zuschlagsempfängerin, sondern mit einem Dritten** (nämlich direkt mit der Herstellerin bzw. Fabasoft) **abgeschlossen wurde**. Deshalb erscheint der Vertrag – nach dem jetzigen Kenntnisstand – als vergaberechtswidrig. Soweit keine weiteren Sachverhaltselemente bestehen, welche die Vergabe an Fabasoft als rechtmässig erscheinen lassen, **fehlt es nach der hier vertretenen Meinung an der Voraussetzung der vergaberechtskonformen Erstbeschaffung**.
89. Der guten Ordnung halber sei noch erwähnt, dass ferner ein ausreichender sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Erst- und Folgebeschaffung bestehen muss.⁴⁹

c) Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen

90. Die in der VöB gewählte Formulierung „Leistung zur **Ersetzung**, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen“ ist weiter als die im GPA verwendete Formel, welche von **Ersatzteilen**⁵⁰ (anstatt Ersetzung) spricht. Im Rahmen des Staatsvertragsbereichs ist der Ausnahmetatbestand der Folgevergaben staatsvertragskonform auszulegen (vgl. dazu Rz. 58 ff.).

⁴⁶ Rechsteiner, BR Sonderheft 2004; S. 36 ff., S. 40.

⁴⁷ Schneider Heusi/Mazzariello, N 35.

⁴⁸ Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, The Hague/London/New York, 2003, S. 291 (zit. Arrowsmith).

⁴⁹ Wolf, S. 146 f. N 46 mit Verweis auf Entscheid des VerwGer AG, AGVE 2001, S. 311 ff., S. 320, wonach die rund 19 Jahre später erfolgende Erweiterung der Anlage zweifellos nicht mehr als Folgebeschaffung qualifiziert wurde.

⁵⁰ Im französischen bzw. englischen Originaltext: „pièces de rechange“ bzw. „as parts replacement“.

91. WOLF weist richtigerweise darauf hin, dass es einen grossen Unterschied macht, ob nur Ersatzteile zur bisherigen Leistung geliefert werden dürfen oder ob die ganze Leistung ersetzt werden darf. Ein **Update von Software** auf eine neue Version kann seiner Meinung nach kaum mehr als Ersatzteillieferung bezeichnet werden, sondern stellt einen **Ersatz der früheren Lieferung** dar.⁵¹ Ob ggf. die Fussnote 8 dahingehen ausgelegt werden könnte, dass die Ausnahmebestimmung von Art XV Abs. 1 Bst. d GPA auch Updates von Software umfasse, erscheine fraglich.⁵²
92. Nach LAUX ist davon auszugehen, dass der Anbieter neue Software liefert, wenn es um Wartungsleistungen von nicht nur unwesentlichem Volumen geht, womit dann auch der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands von Art. 13 Bst. c VöB verlassen werde.⁵³
93. Der vorliegende Rahmenvertrag 2005 umfasst auch die Pflege des Fabasoft-Produkts. Die Pflege umfasst u.a. Softwareaktualisierungen, Produktentwicklungsanliegen und Unterstützungsanfragen (Ziff. 6.2. ff. RV 2005). Mittels Softwareaktualisierungen werden Fort- und Weiterentwicklungen des Fabasoft-Produkts, die dieselbe Produktebezeichnung (ausgenommen Versionsnummer) tragen, wie das Softwareprodukt im Zeitpunkt der Eingehung des Vertragsverhältnisses hatte (Ziff. 6.2.1. RV 2005). Daraus ergibt sich, dass auch **neue Versionen** des Fabasoft-Produkts von den vertraglichen Softwareaktualisierungen erfasst sind. Dies ergibt sich ferner auch aus der Beschreibung des Third Level Supports, wonach dieser jeweils für die letztaktuelle und deren unmittelbare Vorgängerversion geleistet wird, wobei eine Version nur dann als neue Version (Major Release) bezeichnet wird, wenn sich die erste Zahl der Versionsnummer ändert (z.B. Version 6, Version 7; Ziff. 6.2.3 RV 2005). Im (ersten) Rahmenvertrag 2003 wurde die Lizenzierung der Standardsoftware Fabasoft eGov-Suite Version 4 lizenziert (Ziff. 1 RV 2003). Bei Vertragsabschluss des Rahmenvertrags 2005 handelte es sich offenbar um die Version 6.1 der Fabasoft eGov-Suite CH (Ziff. 4 RV 2005). Nicht bekannt ist mir, welche Version heute in der Bundesverwaltung gebraucht wird und ob die neuen Versionen derartige Änderungen enthalten, dass sie sozusagen als neue Software betrachtet werden könnten bzw. müssten. Wäre letzteres der Fall, würden nicht mehr Zusatzleistungen erbracht, sondern faktisch Neubeschaffungen getätigt.
94. Je nach Umfang des Updates bzw. der Softwareaktualisierungen könnten bzw. müssten diese gegebenenfalls als neue Software bzw. Neubeschaffungen (und nicht als blosse Zusatzleistungen) angeschaut werden, und würden damit wohl aus dem Anwendungsbereich von Art. 13 Bst. f VöB fallen.

⁵¹ Wolf, S. 143 f. N 39.

⁵² Wolf, S. 144 N 39.

⁵³ Christian Laux, Freihandvergabe Microsoft EA09, sic! 2011, S. 595 ff., Anmerkung Ziff. 5.

d) Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen kann nur bei einer Vergabe an den ursprünglichen Anbieter gewährleistet werden

95. Es stellt sich die Frage, ob Art. 13 Abs. 1 Bst. f VöB bedeutet, dass kein anderer möglicher Anbieter existieren darf (welcher die austauschbare Lieferung erbringen kann) oder ob es ausreicht, dass kein anderer Anbieter vernünftigerweise ersichtlich ist oder ob sogar auch solche Anbieter mit einzubeziehen wären, bei denen die Austauschbarkeit der Leistung durch einen gewissen Anpassungsaufwand herbeigeführt werden könnte.⁵⁴ Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Streitfrage im Microsoft-Fall explizit offengelassen, und bis heute – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden.⁵⁵
96. Die Berufung auf Art. 13 Abs. 1 Bst. f VöB setzt voraus, dass ein Anbieterwechsel zu **Kompatibilitätsproblemen** (mit früheren Investitionen) führen würde. Nicht jede Inkompatibilität genügt. Gemäss der Lehre muss die behauptete (und von der Vergabestelle nachzuweisende) Inkompatibilität vielmehr **konkrete mit angemessenem Aufwand nicht behebbare Schwierigkeiten** mit sich bringen.⁵⁶ Als Anwendungsbeispiel nennt WOLF einen öffentlichen Verkehrsbetrieb, der bereits eine Flotte von Autobussen eines bestimmten Typs besitzt und nun noch einige zusätzliche Einheiten benötigt. Mit Blick auf die Schulung des Personals, die Vereinfachung der Wartungsarbeiten, die Reduktion des Ersatzteillagers etc. könne eine Ergänzung durch Fahrzeuge desselben Typs gerechtfertigt sein.⁵⁷ **Lassen sich die Kompatibilitätsprobleme hingegen mit angemessenem Aufwand beseitigen, ist der Ausnahmetatbestand nicht erfüllt.**⁵⁸
97. Gemäss MEYER dürfte dieser Ausnahmetatbestand wohl nur ausnahmsweise dort greifen, „wo auch eine unabhängige Markteinschätzung eines Dritten, welcher über die notwendigen Marktkennntnisse verfügt, keinen alternativen Anbieter neben dem ursprünglichen Lieferanten zu Tage fördern würde, welcher in der Lage ist, die Austauschbarkeit zu gewährleisten.“⁵⁹
98. Die in Rz. 74 ff. gemachten Überlegungen zu möglichen Wiederverkäufern (Reseller) von Fabasoft-Produkten bzw. den damit zusammenhängenden Leistungen müssen meines Erachtens auch beim Ausnahmetatbestand der Folgevergaben (analog) gelten. Können Fabasoft-Produkte auch durch Fabasoft-Wiederverkäufer geliefert und gepflegt werden, **müssen** die nachgefragten Leistungen eben gerade **nicht** dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden. **Damit fehlt es an einer weiteren Voraussetzung für die Anwendung von Art. 13 Bst. f VöB.**

⁵⁴ Zwischenentscheid des BVerGer vom 2. Juli 2009, B-3402/2009, E. 6.1.; Meyer, AJP 2005, S. 723; Arrowsmith, S. 290 f.

⁵⁵ Zwischenentscheid des BVerGer vom 2. Juli 2009, B-3402/2009, E. 6.1.

⁵⁶ Rechsteiner, BR Sonderheft 2004, S. 40; Wolf, S. 144; Siehe auch VB.2001.00116, E. 4c.

⁵⁷ Wolf, S. 144, N 39.

⁵⁸ Wolf, S. 144, N 39.

⁵⁹ Meyer, AJP 2005, S. 723.

e) Grössenverhältnis von Erst- und Folgebeschaffung

99. Ferner muss ein angemessenes Verhältnis von Erst- und Folgebeschaffung gewahrt werden.⁶⁰ Folgendes bei WOLF vorhandenes Beispiel möge dies illustrieren: „Besitzt ein öffentlicher Verkehrsbetrieb z.B. 40 Autobusse eines bestimmten Typs und benötigt 10 weitere, so kann es aus Gründen der Kompatibilität gerechtfertigt sein, diese freihändig zu beschaffen. Besitzt der Verkehrsbetrieb dagegen erst 10 Busse und wünscht 40 weitere zu erwerben, stellt dies keine „Ergänzung“ bzw. „Erweiterung“ im Sinn der Ausnahmestände dar, da damit das Verhältnis von Haupt- und Zusatzleistung in sein Gegenteil verkehrt würde.“⁶¹
100. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat bei einem „Zusatzauftrag“ von mehr als CHF 0.5 Mio. dafür gehalten, dass der relativ hohe Wert eines solchen Zusatzauftrags gegen die Annahme von blossen Ergänzungslieferungen oder –leistungen spricht.⁶²

f) Zwischenfazit

101. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist nach der hier vertretenen Meinung wohl davon auszugehen, dass aufgrund von Art. 13 Abs. 1 Bst. f VöB **keine freihändige Vergabe** erfolgen kann, da einerseits die Fabasoft-Produkte – soweit ersichtlich - auch durch Fabasoft-Wiederverkäufer geliefert und gepflegt werden können, und damit nicht dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden müssen und andererseits – nach jetzigem Kenntnisstand - keine vergaberechtskonforme Erstbeschaffung besteht.

VI. Beantwortung der gestellten Fragen

102. Die obgenannten Fragen werden mit Blick auf die **Beschaffungsrechtsgebung (d.h. GPA/BöB/VöB)** geprüft (vgl. hierzu Rz. 23). Wo möglich, werden die gestellten Fragen in aller Kürze beantwortet und für die ausführliche Begründung auf die obigen Ausführungen verwiesen.

A. Kernfrage

103. *Muss für die weitere Verwendung bzw. Verbreitung des Fabasoft-Produkts eGov-Suite CH in der Bundesverwaltung eine Ausschreibung nach WTO-Regeln durchgeführt werden?*
104. Grundsätzlich ja, da die heutigen beschaffungsrechtlichen Grundlagen und die durch das BBL abgeschlossenen Rahmenverträge für den Bezug zusätzlicher Lizenzen des Fabasoft-Produkts sowie entsprechender Pflegeleistungen nicht genügen. Für Details wird auf die nachfolgende Beantwortung der Einzelfragen verwiesen. (Siehe auch die Hinweise betreffend Spezifikation des Beschaffungsgegenstands bei einer künftigen Beschaffung in Kapitel VII., Rz. 136 ff.).

⁶⁰ Wolf, S. 147 N 47; Schneider Heusi/Mazzariello, N 35.

⁶¹ Wolf, S. 147 N 47.

⁶² Entscheid des VerwGer Aargau, AGVE 2001, S. 311 ff., S. 320.

B. Frage 1

105. *Genügen die heutigen beschaffungsrechtlichen Grundlagen und die durch das BBL abgeschlossenen Rahmenverträge für die Beschaffung weiterer Fabasoft-Lizenzen (eGov-Suite CH) für einzelne Einheiten der Bundesverwaltung, die das Produkt heute noch nicht verwenden (EFD, UVEK [nur gewisse Ämter], VBS)?*
106. Nein. Der zugeschlagene und publizierte Umfang des Rahmenvertrags 2005 mit Fabasoft wurde bereits vollständig ausgeschöpft (vgl. Rz. 36) und die ausgeschriebene Vertragsdauer von fünf Jahren ferner (signifikant) überschritten (vgl. Rz. 49 ff.). Auch was die submissionsrechtlich zulässige Höchstvertragsdauer betrifft, dürfte der Rahmenvertrag seine Grenze bereits erreicht haben oder in Bälde erreichen (vgl. Rz. 37 ff.). Damit fällt ein Leistungsbezug aus dem Rahmenvertrag 2005 grundsätzlich ausser Betracht bzw. ist nur möglich, soweit eine freihändige Vergabe möglich wäre.
107. Ein Ausnahmetatbestand, welcher eine freihändige Vergabe an eine Einheit, welche das Fabasoft-Produkt heute noch nicht verwendet, erlauben würde, ist nicht ersichtlich. Der Ausnahmetatbestand der Folgevergaben (Art. 13 Bst. f VöB) ist nicht anwendbar, weil die Einheit das Produkt noch gar nicht verwendet, es sich somit nicht um eine Folgevergabe aus Kompatibilitätsgründen, sondern um eine Neubeschaffung handelt (wobei unterstellt wird, dass die Geschäftsverwaltung jeder Einheit grundsätzlich ein in sich geschlossenes System ist; vgl. im Übrigen zu Art. 13 Bst. f VöB Rz. 81 ff.). Der Ausnahmetatbestand der technischen Besonderheiten bzw. des Schutzes des geistigen Eigentums (Art. 13 Bst. c VöB) scheitert daran, dass nicht nur ein Anbieter in Frage kommt (Rz. 73 ff.) und es angemessene Alternativen zum Fabasoft-Produkt gibt (Rz. 61 ff. und insb. Rz. 67 ff.).

C. Frage 2

108. *Genügen die heutigen beschaffungsrechtlichen Grundlagen für die Beschaffung von zusätzlichen Lizenzen für diejenigen Einheiten, die das Fabasoft-Produkt bereits verwenden?*
109. Grundsätzlich nein (vgl. aber Rz. 113 ff.).
110. Der zugeschlagene und publizierte Umfang des Rahmenvertrags 2005 mit Fabasoft wurde bereits vollständig ausgeschöpft (vgl. Rz. 36) und die ausgeschriebene Vertragsdauer von fünf Jahren ferner (signifikant) überschritten (vgl. Rz. 49 ff.). Auch was die submissionsrechtlich zulässige Höchstvertragsdauer betrifft, dürfte der Rahmenvertrag seine Grenze bereits erreicht haben oder in Bälde erreichen (vgl. Rz. 37 ff.). Ein Bezug von zusätzlichen Lizenzen für diejenigen Einheiten, die das Fabasoft-Produkt bereits verwenden, ist folglich nur zulässig, wenn das Beschaffungsrecht eine freihändige Vergabe zulässt.
111. Die Anwendung des Ausnahmetatbestands der technischen Besonderheiten bzw. des Schutzes des geistigen Eigentums (Art. 13 Bst. c VöB) scheitert nach der hier vertretenen Meinung wohl daran, dass nicht nur ein Anbieter die nachgefragten Leistungen erbringen kann (sondern auch Fabasoft-Reseller

diese erbringen können, Rz. 73 ff.) und es angemessene Alternativen zum Fabasoft-Produkt gibt (Rz. 61 ff. und insb. Rz. 67 ff.).

112. Der Ausnahmetatbestand der Folgevergaben (Art. 13 Bst. f VöB; siehe Rz. 81 ff.) ist nach der hier vertretenen Meinung nicht anwendbar, da die nachgefragten Produkte und Leistungen wohl auch durch einen Fabasoft-Wiederverkäufer erbracht werden können (Rz. 95 ff.) und die Erstbeschaffung (aufgrund des Vertragsabschlusses mit einem Dritter, welcher nicht Zuschlagsempfänger der ausgeschriebenen Leistung war) vergaberechtswidrig erfolgte (Rz. 84 ff.).
113. Sofern es sich nur noch um einige wenige zusätzliche Lizenzen (bzw. Pflegeleistungen) handeln würde, welche noch beschafft werden müssen, stellt sich die Frage, ob solche zusätzlichen Lizenzen allenfalls mit Blick auf **Art. 36 Abs. 2 lit. b oder c VöB** beschafft werden könnten. Art. 36 Abs. 2 Bst. b/c VöB sehen vor, dass eine freihändige Vergabe bei „**Bagatellaufträgen**“ zulässig ist, nämlich dann wenn:
- ein Bau- oder Dienstleistungsauftrag den Wert von CHF 150'000 nicht erreicht; oder
 - ein Lieferauftrag den Wert von CHF 50'000 nicht erreicht.

Soweit Güter gemeinsam mit Dienstleistungen beschafft werden, so gilt der Schwellenwert für die Güterbeschaffung, d.h. CHF 50'000 (Art. 36 Abs. 3 VöB).

Vorliegend wäre entsprechend also von einem **Bagatellschwellenwert von CHF 50'000** auszugehen.

114. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass Art. 36 VöB auf „übrige Beschaffungen“ des Bundes anwendbar ist. Wie vorliegend gesehen, untersteht aber das vorliegende Beschaffungsgeschäft dem BöB, **so dass die Art. 32 ff. VöB grundsätzlich nicht anwendbar sind**. Dies spricht grundsätzlich dagegen.
115. ZUFFEREY⁶³ und ZUFFEREY/DUBEY⁶⁴ führen aus, dass Leistungsänderungen (z.B. weil eine zu geringe Quantität vorgesehen wurde und somit eine Leistungserweiterung erforderlich wird), welche die Bagatellschwellenwerte der freihändigen Vergabe überschreiten, Zusatzvergaben mit einer entsprechenden Ausschreibung erforderlich machen. Umgekehrt werden unerschwellige Leistungsänderungen von diesen Autoren als grundsätzlich zulässig erachtet. Auch HAUSER ist der Ansicht, dass - solange der Wert des Zusatzauftrags den Schwellenwert für die freihändige Vergabe nicht überschreitet, auf ein Einladungsverfahren bzw. eine offene Ausschreibung verzichtet werden kann.⁶⁵ Gemäss BEYELER kommt es hingegen darauf an, ob es sich um eine *erhebliche*

⁶³ Zufferey, *Marché publics: ce qu'il reste de la décision administrative et ses conséquences pour le contract*, in: Tercier et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt*, FS für Peter Gauch, Zürich 2003, S. 963 ff., S. 973.

⁶⁴ Zufferey/Dubey, *Quid après l'adjudication*, BR Sonderheft 2004, S. 62 ff., S. 67.

⁶⁵ Hauser, *Vergabe langfristiger Aufträge*, S. 3.

Änderung handelt; er will diese Frage losgelöst von den Schwellenwerten beurteilen, so dass auch eine unterschwellige Änderung erheblich sein kann (und damit vergaberechtlich grundsätzlich unzulässig).⁶⁶ Erheblichkeit ist dabei – vereinfacht gesagt – gegeben, wenn die Abweichung dazu führt, dass ein „Bieterreihenfolgesturz nicht ernsthaft auszuschliessen, wahrscheinlich oder gar gewiss ist“⁶⁷.

116. Gestützt auf diese Argumentationen könnten (soweit sich die Beschaffung von zusätzlichen Lizenzen insgesamt unterhalb dem Bagatellschwellenwert von CHF 50'000 ansiedelt und diese Erweiterung nicht als erheblich betrachtet wird) ggf. zusätzliche Lizenzen beschafft bzw. der Vertrag entsprechend erweitert werden (siehe aber Rz. 114). In jedem Fall müssen **verschiedene unterschwellige Zusatzaufträge meines Erachtens als Einheit** betrachtet werden.⁶⁸ Dies ergibt sich aus dem Zerstückelungsverbot (vgl. Art. 7 Abs. 1 BöB, wonach ein Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit des Gesetzes zu umgehen). **Soweit damit der Bagatellschwellenwert von CHF 50'000 bereits jetzt ausgeschöpft ist** (was aufgrund des bereits ausgeschöpften Volumens und der langen Laufzeit des Rahmenvertrags 2005 wohl wahrscheinlich ist), **hilft diese Argumentationsschiene für die Beschaffung zusätzlicher Lizenzen nicht weiter.**

D. Frage 3

117. *Genügen die heutigen beschaffungsrechtlichen Grundlagen für a) die weitere Verwendung und b) Pflege (bzw. Weiterentwicklung) des Fabasoft-Produkts für die bereits lizenzierten Benutzer?*

Diese Frage 3 wurde in a) und b) aufgeteilt.

a) Weitere Verwendung des Fabasoft-Produkts für bereits lizenzierte Benutzer

118. In Rz. 16 ff. wurde dargelegt, dass nach der hier vertretenen Meinung der Wortlaut des Rahmenvertrags 2005 dahingehend unklar ist, ob die Nutzung der Lizenzen des Fabasoft-Produkts eGov-Suite CH auch nach Vertragsbeendigung erlaubt ist oder ob dies ggf. vertraglich untersagt ist. **Deshalb ist die weitere Verwendung der Lizenzen bei einer allfälligen Vertragsbeendigung aus vertraglicher Sicht zu prüfen.**
119. Soweit eine solche Prüfung bzw. Auslegung des Rahmenvertrags 2005 ergeben würde, dass die Lizenzen des Fabasoft-Produkts *aus vertraglicher Sicht* auch nach einer Vertragsbeendigung von der entsprechenden Verwaltungseinheit weitergenutzt werden können (siehe Rz. 16 ff.), **können diese Lizenzen auch aus beschaffungsrechtlicher Sicht weiter benutzt werden.** Eine Vergabestelle kann nicht gezwungen werden, neue Software zu beschaf-

⁶⁶ Beyeler, Geltungsanspruch, N 2576 Fn. 2343; N 2604; N 2916.

⁶⁷ Beyeler, Geltungsanspruch, N 2577 f.

⁶⁸ Siehe auch Beyeler, Geltungsanspruch, N 2604 in fine und Hauser, Vergabe langfristiger Aufträge, S. 3.

fen, wenn sie anstelle einer Neubeschaffung die bisherige Software weiternutzen möchte.

b) Pflege (bzw. Weiterentwicklung) des Fabasoft-Produkts für bereits lizenzierte Benutzer

120. Nein (vgl. aber auch Rz. 113 ff.).
121. Der zugeschlagene und publizierte Umfang des Rahmenvertrags 2005 mit Fabasoft wurde bereits vollständig ausgeschöpft (vgl. Rz. 36) und die ausgeschriebene Vertragsdauer von fünf Jahren ferner (signifikant) überschritten (vgl. Rz. 49 ff.). Auch was die submissionsrechtlich zulässige Höchstvertragsdauer betrifft, dürfte der Rahmenvertrag seine Grenze bereits erreicht haben oder in Bälde erreichen (vgl. Rz. 37 ff.). Ein Bezug von Pflege- bzw. Weiterentwicklungsleistungen, ist folglich nur zulässig, wenn das Beschaffungsrecht eine freihändige Vergabe zulässt.
122. Die Anwendung des **Ausnahmetatbestand der technischen Besonderheiten bzw. des Schutzes des geistigen Eigentums (Art. 13 Bst. c VöB)** scheitert nach der hier vertretenen Meinung wohl daran, dass Fabasoft-Reseller die nachgefragten Leistungen erbringen könnten (Rz. 73 ff.) und es angemessene Alternativen zum Fabasoft-Produkt gibt (Rz. 61 ff. und insb. Rz. 67 ff.).
123. Auch der **Ausnahmetatbestand der Folgevergaben (Art. 13 Bst. f VöB)** ist meines Erachtens nicht anwendbar, da die nachgefragten Leistungen (Pflege, d.h. Softwareaktualisierungen und Unterstützungsleistungen) wohl auch durch einen Fabasoft-Wiederverkäufer erbracht werden können (vgl. hierzu im Detail Rz. 74 ff.) und die Erstbeschaffung (aufgrund des Vertragsabschlusses mit einem Dritter, welcher nicht Zuschlagsempfänger der ausgeschriebenen Leistung war) vergaberechtswidrig erfolgte (vgl. Rz. 84 ff.).

Zusätzlich stellt sich mit Blick auf die Pflegeleistungen die Problematik, ob Upgrades von Software (bzw. neue Versionen/Major Releases) überhaupt unter den Ausnahmetatbestand von Art. 13 Bst. f VöB fallen können, da das GPA nur von Ersatzteilen bzw. Ergänzungen (nicht aber Ersetzung wie in der VöB) spricht, oder ob in einem Upgrade nicht vielmehr eine vom Anwendungsbereich von Art. 13 Bst. f VöB nicht mehr erfasste Beschaffung einer neuen Software gesehen werden muss (vgl. Rz. 90 ff.).

Schliesslich wird in der Rechtsprechung und Lehre verlangt, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen Erst- und Folgebeschaffung besteht (vgl. Rz. 99 f.). Bei einer Anzahl von 10'000 lizenzierten Benutzern ist bei einem Lizenz-Pflegeleistungspreis (für Softwareaktualisierungen und Unterstützungsleistungen) von EUR 150 pro Lizenz von rund EUR 1.5 Mio. pro Jahr auszugehen. Im Vergleich zum ursprünglichen Auftrag von rund CHF 10 Mio. könnte man ggf. argumentieren, die jährlichen Pflegeleistungslizenzgebühren seien noch „ergänzend“. Es ist jedoch eine Tatsache, dass EUR 1.5 Mio. ein relativ hoher Wert sind und dieser Umstand mit Blick auf das angemessene Verhältnis zwischen Erst- und Folgebeschaffung sicher auch diesbezüglich Angriffsfläche bietet (vgl. hierzu auch der Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau, AGVE 2001, S. 311, S. 320, wonach der mehr als 0.5 Mio. betragende Wert

des zu vergebenden Auftrags gegen die Annahme von blossen Ergänzungsleistungen spricht, siehe Rz. 100).

E. Frage 4

124. *Inwiefern kann die Beschaffung weiterer Lizenzen auf beschaffungsrechtliche Ausnahmebestimmungen gestützt werden, etwa Art. 13 Abs. 1 Bst. f der Verordnung zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen?*
125. Siehe die Beantwortung der Frage 1 (Rz. 106 ff.) und Frage 2 (Rz. 109 ff.).

F. Frage 5

126. *Unter der Hypothese, dass für die zusätzlich zu beschaffenden Geschäftsverwaltungssysteme eine neue Ausschreibung erfolgt bzw. erfolgen muss: Was würde bei einem allfälligen Zuschlag für ein neues Produkt für die Konstellation gelten, in denen ein Amt beispielsweise bereits 100 Lizenzen für das Fabasoft-Produkt im Einsatz hat, nun aber wegen Personalwachstum noch 10 weitere benötigt?*
127. Auch hier gelten die unter der Frage 2 ausgeführten Überlegungen (Rz. 109 ff.). Zusätzlich ist auf die allfällige Problematik (unter dem vertraglichen Aspekt des Rahmenvertrags 2005) der Weiterbenutzung der bereits beschafften Lizenzen hinzuweisen (vgl. im Einzelnen Rz. 16 ff.).
128. Im Rahmen einer Neuausschreibung hat die Vergabestelle deshalb zu überlegen, was für ein Beschaffungsgegenstand überhaupt ausgeschrieben werden soll bzw. kann. Vgl. hierzu einige Gedankenanstösse betreffend Spezifikation des Beschaffungsgegenstands bei einer künftigen Beschaffung in Rz. 136 ff.

G. Frage 6

129. *Unter der Hypothese dass das Fabasoft-Produkt weiterhin eingesetzt werden kann: Wäre es zulässig eine WTO-Ausschreibung durchzuführen, bei der ein zweites Produkt neben Fabasoft gesucht wird (Fabasoft würde also ausdrücklich ausgeschlossen)?*
130. Die Beantwortung der Fragen 1-5 hat ergeben, dass die bestehenden beschaffungsrechtlichen Grundlagen bzw. der bestehende Rahmenvertrag 2005 für den Bezug zusätzlicher eGov-Suite-Lizenzen sowie dazugehörige Pflegeleistungen nicht genügen. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Beantwortung der Frage 6. (Vgl. aber die Überlegungen in Rz. 136 ff.).
131. Im Rahmen einer Neuausschreibung hat die Vergabestelle zu überlegen, was für ein Beschaffungsgegenstand überhaupt ausgeschrieben werden soll bzw. kann. Vgl. hierzu einige Gedankenanstösse betreffend Spezifikation des Beschaffungsgegenstands bei einer künftigen Beschaffung Rz. 136 ff.

H. Frage 7

132. *Wäre es, und wenn ja unter welchen Voraussetzungen, zulässig, den Zuschlag im Rahmen einer allfälligen WTO-Ausschreibung wiederum an Fabasoft zu erteilen; allenfalls zusammen mit einem weiteren Produkt?*

133. Diese Frage ist sehr offen formuliert. Generell kann gesagt werden, dass der **Umstand, dass Fabasoft die bisherige Anbieterin war, es nicht ausschliesst, dass im Rahmen einer WTO-Ausschreibung der neue Zuschlag wiederum an sie erteilt werden könnte**. Dies setzt aber selbstverständlich voraus, dass die entsprechenden Voraussetzungen eines vergaberechtskonformen Verfahrens erfüllt sind. So kann der Zuschlag selbstverständlich nur an Fabasoft erteilt werden, wenn Fabasoft die Eignungskriterien (und insb. auch die Produkteanforderungen) erfüllt sowie ihr Angebot aufgrund der Zuschlagskriterien als wirtschaftlich günstigstes Angebot bewertet wird.
134. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass ferner darauf zu achten ist, dass **keine unzulässige Vorbefassung** von Fabasoft (bzw. allgemein eines Anbieters) entstehen würde. Eine solche unzulässige Vorbefassung liegt z.B. dann vor, wenn ein Anbieter an der Vorbereitung der Beschaffung (z.B. Ausarbeitung von Ausschreibungsunterlagen) beteiligt ist oder der ihm dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann (vgl. Art. 21a Abs. 1 VöB).
135. Worauf die Zusatzfrage „allenfalls zusammen mit einem weiteren Produkt“ genau abzielt, ist nicht ganz klar, da ein Zuschlag an Fabasoft wohl nur betr. eines Fabasoft-Produkts in Frage kommt. Allenfalls zielt dieser Zusatz darauf, zu wissen, ob die Ausschreibung so gestaltet werden könnte, dass gleichzeitig zwei GEVER-Lösungen gesucht bzw. ausgeschrieben werden könnten. Mittels einer Aufteilung der zu beschaffenden Leistungen resp. der Bildung von Losen könnte meines Erachtens grundsätzlich die Beschaffung von zwei GEVER-Lösungen ausgeschrieben werden (vgl. Art. 7 Abs. 3 BöB und Art. 22 Abs. 2 VöB), wobei die Ausschreibung (auch mit Blick auf allf. Beschwerden) so transparent wie möglich vorzunehmen wäre (Zielsetzung der Beschaffung von zwei unterschiedlichen GEVER-Lösungen, Modalitäten der Auswahl etc.). Werden Lose gebildet, können die Anbieter grundsätzlich ein Angebot für einzelne oder mehrere Lose einreichen und/oder auch ein Gesamtangebot einreichen, es sei denn, die Vergabestelle habe die Einreichung eines Gesamtangebots in der Ausschreibung ausgeschlossen (Art. 22 Abs. 3 VöB). Zu überlegen wäre auch, ob ein Anbieter nur für einen Teilauftrag ein Angebot unterbreiten können soll. Vgl. ferner den Exkurs betreffend Spezifikation des Beschaffungsgegenstands bei einer künftigen Beschaffung Rz. 136 ff.

VII. Exkurs: Spezifikation des Beschaffungsgegenstands bei einer künftigen Beschaffung

136. Bei einer **zukünftigen Beschaffung** hat sich die Vergabestelle zunächst zu überlegen, **was sie beschaffen möchte bzw. wie sie den Beschaffungsgegenstand spezifizieren will**. Einerseits kann die Vergabestelle allgemein eine Geschäftsverwaltungslösungs-Software ausschreiben; diesfalls könnten verschiedene Produkte angeboten werden. **Andererseits stellt sich die Frage, ob auch eine Eingrenzung des Beschaffungsgegenstands auf die eGov-Suite-Lösung von Fabasoft vergaberechtlich zulässig wäre?** Potentielle Anbieter wären in letzterem Fall Fabasoft-Wiederverkäufer und Fabasoft. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens; es werden aber nachstehend einige (nicht abschliessende) Ausführungen zur Beschaffungskompetenz der Vergabestelle **als Gedankenanstösse** gemacht:

137. Es liegt grundsätzlich in der Kompetenz und Verantwortung der Vergabestelle zu bestimmen, ob und wann sie welche Arbeiten vergeben bzw. was sie beschaffen will.⁶⁹ **Die Vergabestelle ist bei der Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes grundsätzlich frei.**⁷⁰ Selbstverständlich hat sie jedoch die gesetzlichen Rahmenbedingungen, wie z.B. den Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen den Anbietern (Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 Bst. a BöB), zu beachten. Gleichbehandlung bedeutet unter anderen, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien so gewählt werden, dass sie nicht einzelne Anbieter diskriminieren.
138. Nach Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Vergabestelle die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen (siehe auch Art. 16a VöB). Diese Bestimmung ist im Lichte der - wesentlich ausführlicheren - Regelung von Art. VI GPA auszulegen. Danach dürfen technische Spezifikationen von der Vergabestelle nicht in der Absicht ausgearbeitet, angenommen oder angewendet werden, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen (Art. VI Ziff. 1 GPA). Technische Spezifikationen werden, soweit angebracht, **eher bezüglich Leistung** als bezüglich Konzeption oder beschreibender Eigenschaften definiert (Art. VI Ziffer 2, Bst. a GPA). **Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken** oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung, bestimmte Produzenten oder Anbieter **sind nicht zulässig, es sei denn**, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt und dass in die Vergabeunterlagen die Worte «**oder gleichwertig**» einbezogen werden (Art. VI GPA Ziff. 3). Gemäss TRÜEB können selbst gleichartige Leistungen ausgeschlossen werden, wenn Schnittstellen oder die Kompatibilität zu bestehenden Produkten keine andere Wahl lassen.⁷¹
139. Grundsätzlich gilt, dass technische Spezifikationen nicht dazu benützt werden dürfen, „gezielt bestimmte Anbieter oder bestimmte Konzepte, **ohne sachliche Notwendigkeit** zu bevorzugen oder auszuschliessen“ (Hervorhebung hinzugefügt).⁷² Es müssen also grundsätzlich alle interessierten (und geeigneten) Anbieter der betreffenden Branche die gleichen Möglichkeiten haben, für die zu vergebende Leistung ein Angebot zu unterbreiten.⁷³ **Im Regelfall darf deshalb die Vergabestelle die technischen Spezifikationen nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner bzw. einige wenige Anbieter überhaupt infrage kommen.**⁷⁴ Das Verwaltungsgericht Zürich hat festgehalten, dass es das Submissionsrecht grundsätzlich verbiete, das Beschaffungsobjekt auf ein bestimmtes Produkt hin zu definieren, ohne dass die Voraussetzungen der freihändigen Vergabe erfüllt wären.⁷⁵
140. Das Bundesverwaltungsgericht führte in seinem Entscheid vom 6. Juli 2010 in Sachen Microsoft Folgendes aus:

Es liegt in der Kompetenz und Verantwortung des öffentlichen Auftraggebers, zu bestimmen, ob und wann er welche Arbeit vergeben will (Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 3a). Die Vergabestelle ist also [...] bei der Umschreibung des Gegenstandes einer Beschaffung grundsätzlich frei. Dies bedeutet

⁶⁹ BGE 137 II 313 E. 3.3.1; BGE 2P.282/1999, E. 3a; Zwischenentscheid des BVerGer vom 6. Juli 2010, B-3402/2009, E. 3.2.8; BGE 2P.282/1999, E. 3a.

⁷⁰ Zwischenentscheid des BVerGer vom 6. Juli 2010, B-3402/2009, E. 3.2.8.

⁷¹ Trüeb, Art. 12 BöB N 5.

⁷² BGE 2P.282/1999, E. 3a; siehe auch GATT-Botschaft 2, BBl 1994, 1188.

⁷³ BRK 2001-011 (VPB 66.38) E. 5b/bb.

⁷⁴ Zwischenverfügung des BVerGer (Einzelrichter) vom 10. März 2010, B-822/2010, E. 5.1, m.w.H.

⁷⁵ VerwGer ZH, VB.2006.00175, E. 3.1.

auch, dass nicht jede denkbare Möglichkeit, wie eine staatliche Aufgabe erfüllt werden kann, evaluiert werden muss, sondern sich die Vergabestelle auf die ihr als am zweckmässigsten erscheinende Lösung fokussieren darf. Die funktionale Betrachtungsweise zur Bestimmung des massgebenden Beschaffungsgegenstandes schliesst dies nicht aus: Hat die Vergabestelle ihren Bedarf gesetzes- und verfassungsgemäss (siehe dazu sogleich E. 3.2.9) festgelegt, ist ein damit einhergehender Ausschluss von denkbaren alternativen Lösungen hinzunehmen. Es ist einer Vergabestelle damit unbenommen, ihren Bedarf – und damit den massgebenden Beschaffungsgegenstand – mit Blick auf die von ihr gewünschte Lösung zu konkretisieren. Die Substituierbarkeit ist dann in Bezug auf diese konkrete Leistung zu beurteilen. [...] **Die Vergabestelle wird durch das öffentliche Beschaffungsrecht im Übrigen auch nicht dazu gezwungen, an Stelle der Wartung und Pflege eines bisher benutzten Gutes einen anderen, neuen Gegenstand zu erwerben.**“ (Zwischenentscheid des BVerGer vom 6. Juli 2010, B-3402/2009, E. 3.2.8, Hervorhebung hinzugefügt).

...

„Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist nicht zu erkennen, inwiefern der Entscheid, die **bestehende Informatikumgebung weiterzunutzen**, gegen Gesetz oder Verfassung verstossen solle. Wie unter E. 3.2.8. hiervor ausgeführt wurde, ist die Vergabestelle bei der Umschreibung des Gegenstandes einer Beschaffung grundsätzlich frei und sie wird durch das öffentliche Beschaffungsrecht auch nicht dazu gezwungen, an Stelle der Wartung und Pflege eines bisher benutzten Gutes einen anderen, neuen Gegenstand zu erwerben. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführenden [...] ist es auch unerheblich, ob ein Gut buchhalterisch bereits vollständig abgeschrieben wurde. **Es entspricht [...] vielmehr dem Gebot des haushälterischen Umgangs mit den öffentlichen Mitteln, bestehende, funktionsfähige Güter auch dann weiter zu nutzen, wenn sie keinen Buchwert mehr haben.** Es kann auch keine rechtswidrige Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes darin erblickt werden, dass die Vergabestelle die bestehende Informatik-Umgebung weiterführen will, zumal die funktionale Betrachtungsweise des massgebenden Beschaffungsgegenstandes das Vorschieben von technischen Spezifikationen sowie Handelsmarken und -namen gerade verhindert. (Zwischenentscheid des BVerGer vom 6. Juli 2010, B-3402/2009, E. 4.5.2., Hervorhebung hinzugefügt).

Abschliessend ist festzuhalten, dass ich meine Überzeugung nach bestem Wissen gebildet habe. Eine andere Beurteilung durch ein Gericht bleibt aber naturgemäss vorbehalten.

22. Nov. 2012 / Carole Gehrler Cordey