

19

Auszug aus dem Zwischenentscheid der Abteilung II
i. S. Red Hat Ltd. et alii
gegen Bundesamt für Bauten und Logistik
B-3402/2009 vom 2. Juli 2009

Öffentliches Beschaffungswesen. Folgen des verfrüht abgeschlossenen Vertrages im Rahmen einer freihändigen Vergabe.

Art. 32 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 1 BoeB. Art. 13 Abs. 1 VoeB.

Die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrags kann nicht ohne Rücksicht auf die vergaberrechtliche « Vorordnung des Vertragsschlusses » beurteilt werden. Der Umstand, dass die Vergabestelle unmittelbar nach Zuschlagserteilung im freihändigen Verfahren den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen hat, hindert das Bundesverwaltungsgericht nicht daran, den erteilten Zuschlag aufzuheben (E. 7.2).

Marchés publics. Conséquences de la conclusion prématurée d'un contrat dans le cadre d'une procédure de gré à gré.

Art. 32 al. 2 et art. 22 al. 1 LMP. Art. 13 al. 1 OMP.

La validité d'un contrat d'acquisition en droit civil conclu prématurément ne peut pas être appréciée sans tenir compte des règles relatives aux marchés publics qui régissent les conditions préalables à sa conclusion. Le fait que, dans une procédure de gré à gré, l'adjudicateur ait conclu le contrat avec l'adjudicataire immédiatement après l'adjudication n'empêche pas le Tribunal administratif fédéral d'annuler l'adjudication (consid. 7.2).

Acquisti pubblici. Conseguenze della conclusione prematura di un contratto nell'ambito di un'aggiudicazione mediante trattativa privata.

Art. 32 cpv. 2 e art. 22 cpv. 1 LAPub. Art. 13 cpv. 1 OAPub.

La validità, ai sensi del diritto civile, di un contratto d'acquisto concluso prematuramente non può essere esaminata senza tener conto delle regole del diritto sugli acquisti pubblici relative alla conclusione del contratto. La circostanza che il committente abbia concluso il contratto con l'aggiudicatario immediatamen-

te dopo l'aggiudicazione, non impedisce al Tribunale amministrativo federale di annullare quest'ultima (consid. 7.2).

Die Bundesverwaltung verwendet laut eigenen Angaben seit Anfang der 90er Jahre Microsoft-Software. Der Bezug dieser Software geschieht seit Oktober 2001 im Rahmen von sogenannten Enterprise Agreements. Diese Verträge beinhalten den Kauf von Lizenzen für alle Desktops und Server eines Unternehmens sowie den automatischen Erwerb der innerhalb der Vertragslaufzeit auf den Markt kommenden neuen Software-Versionen nebst Supportdienstleistungen (Software Assurance). Die Vertragslaufzeit beträgt in der Regel drei Jahre. Entsprechend wurde das Enterprise Agreement in den Jahren 2004 und 2007 verlängert. Weder der erste Zuschlag im Oktober 2001 noch die freihändige Vergabe der bis 2008 bezogenen Leistungen wurden im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) veröffentlicht.

Am 23. Februar 2009 erteilte das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) der Microsoft Ireland Operations Ltd. im freihändigen Verfahren den « Lieferauftrag » für die Verlängerung von Lizenzen für den standardisierten Arbeitsplatz Bund und darauf aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und Third Level Support. In der Folge schloss das BBL am 5. März 2009 mit der Microsoft Ireland Operations Ltd. den nach dem Willen der Parteien rückwirkend per 1. Januar 2009 geltenden Vertrag betreffend die Ablösung und Verlängerung des ursprünglich bis Ende 2009 geltenden Enterprise Agreements vom 10. Dezember 2006.

Der Zuschlag vom 23. Februar 2009 wurde im SHAB Nr. 83 vom 1. Mai 2009 publiziert. Zur Begründung des Zuschlags wurde unter Ziffer 3.3 der Publikation auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) verwiesen, wonach unter anderem eine freihändige Vergabe zulässig ist, wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Hiergegen wandten sich 18 Anbieter von Open Source-Software mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (BVGer) mit dem Antrag, der angefochtene Zuschlag sei aufzuheben und die Vergabestelle sei zu verpflichten, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen. In prozessualer Hinsicht wurde unter anderem die Gewährung der aufschiebenden Wirkung und ein Verbot jeglicher Vollzugshandlungen beantragt.

Das BVGer erteilt der Beschwerde insoweit die aufschiebende Wirkung, als sich das Gericht vorbehält, den angefochtenen Zuschlag aufzuheben.

Soweit weitergehend werden die prozessualen Begehren der Beschwerdeführerinnen abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

7. Um die dem Richter mit Blick auf Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) zur Verfügung stehenden Optionen – soweit im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheides notwendig – zu klären, ist vorab zu prüfen, ob der am 5. März 2009 mit der Zuschlagsempfängerin geschlossene Vertrag das Gericht daran hindert, die angefochtene Verfügung aufzuheben.

7.1 Nach Art. 32 Abs. 2 BoeB stellt das BVGer lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, wenn der Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin bereits abgeschlossen worden ist. Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) hat Art. 22 Abs. 1 BoeB, wonach der Vertrag mit der Anbieterin nach dem Zuschlag abgeschlossen werden darf, so ausgelegt, dass der Vertrag erst abgeschlossen werden darf, wenn feststeht, dass keine Beschwerde erhoben worden ist, oder eine Beschwerde erhoben wurde, für welche die aufschiebende Wirkung nicht beantragt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen worden ist (Zwischenentscheide der BRK 1996-008 vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61.24 E. 2, Zwischenentscheide der BRK 1997-019 vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Bd., 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 875, im Ergebnis zustimmend PETER GAUCH, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag [eine reprise], in: Baurecht 2003, S. 3 ff., S. 5; kritisch mit Blick auf die historische Auslegung RENATE SCHERRER-JOST, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Thomas Cottier/Remo Arpagaus [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 1999, Kap. 13, Rz. 67). Nach dieser Rechtsprechung setzt die Anwendung der Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 BoeB voraus, dass ein allenfalls entgegen Art. 22 Abs. 1 BoeB bereits geschlossener Vertrag als gültig erscheint. Ist aufgrund einer prima facie-Würdigung die Nichtigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen, so beschränkt Art. 32 Abs. 2 BoeB die Beschwerdeinstanz nicht in ihrer Befugnis, die aufschiebende Wirkung zu gewähren (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a. a. O., Rz. 877 mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung bezieht sich indessen auf die Anfechtung von Zuschlägen im offenen und

im selektiven Verfahren. Bisher nicht beurteilt und daher im Folgenden zu prüfen ist, was im Anwendungsbereich des BoeB in Bezug auf die Anfechtungen von Zuschlägen im freihändigen Verfahren gilt.

7.2 In der Lehre wird wie beim offenen und selektiven Verfahren davon ausgegangen, dass die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und anstelle des freihändigen ein offenes oder selektives Verfahren durchzuführen ist, wenn sich die freihändige Vergabe aufgrund fehlender Rechtsgrundlage gemäss Art. 13 VoeB als unzulässig erweist (MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz*, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 675). Dies vor dem Hintergrund, dass auch hier der « verfrühte » Vertragsschluss den Richter nicht vor vollendete Tatsachen stellen darf. In diesem Sinne gehen CARRON/FOURNIER davon aus, dass bei einer besonders dringlichen Vergabe gestützt auf Art. XV Ziff. 1 Bst. c des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; nachfolgend: ÜoeB) bzw. Art. 13 Abs. 1 Bst. d VoeB die Publikationspflicht und damit auch die Pflicht, eine allfällige Beschwerde eines Konkurrenten abzuwarten, entfallen (VINCENT CARRON/JACQUES FOURNIER, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 86). Daraus liesse sich – ohne dass dies ausdrücklich festgehalten würde – der Schluss ziehen, dass in einem solchen Falle jedenfalls die nicht offensichtlich rechtsmissbräuchliche Anrufung von Art. 13 Abs. 1 Bst. d VoeB dazu führen müsste, dass die Rechtsfolgen von Art. 32 Abs. 2 BoeB eintreten, womit die Rechtsmittelinstanz nur noch die Rechtswidrigkeit der in Frage stehenden Vergabe feststellen könnte. E contrario gehen CARRON/FOURNIER für den Regelfall der freihändigen Vergabe davon aus, dass diese denselben Rechtsschutzmechanismen und damit der Verpflichtung der Vergabestelle, mit dem Vertragsschluss zuzuwarten, unterstehen wie die Zuschlagsverfügungen im offenen und im selektiven Verfahren (CARRON/FOURNIER, a. a. O., S. 86; vgl. auch BEYELER, a. a. O., Rz. 677, und JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Le « Combat » entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics*, in: Peter Hänni [Hrsg.], *Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner*, Freiburg 2003, S. 689 ff., insbes. S. 695). Demnach wäre die Aufhebung einer Zuschlagsverfügung im freihändigen Verfahren durch die Rechtsmittelinstanz, also Primärrechtsschutz, ohne weiteres möglich (BEYELER, a. a. O., Rz. 674 und 677). FETZ führt zu den sogenannten de facto-Vergaben, welche ohne Publikation von Ausschreibung und Zuschlag erfolgen, ergänzend aus, hier dürfe die Vergabestelle den Vertrag zwar « verfrüht » abschliessen, könne aber zum Widerruf des Zuschlages gezwungen werden, sofern die Rückabwicklung des Vertrages sachgerecht sei (MARCO FETZ, *Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes*, in: Heinrich Koller/Georg Müller/Thierry

Tanquerel/Ulrich Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 576). Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offen bleiben. Klar ist jedenfalls auch bei dieser Konzeption, dass Art. 32 Abs. 2 BoeB nach FETZ einem derartigen Vorgehen nicht entgegensteht. Zusammenfassend darf als anerkannt gelten, dass die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages nicht ohne Rücksicht auf die vergaberechtliche « Vorordnung des Vertragsschlusses » beurteilt werden kann (vgl. dazu GAUCH, a. a. O., S. 6). Daraus wiederum ergibt sich, dass der Vergaberichter den Zuschlag auch im freihändigen Verfahren unter Umständen aufheben kann, selbst wenn der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bereits abgeschlossen worden ist. Soweit die kantonale Gerichtspraxis davon ausgeht, dass der Vergaberichter auf eine blosser Feststellung der Rechtswidrigkeit beschränkt ist (vgl. etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. März 2001, publiziert in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 2001, S. 311 ff., E. 2b S. 323), kann dies nur ausserhalb des Anwendungsbereichs des ÜoeB gelten (vgl. Art. XX Ziff. 2 und Ziff. 7 Bst. a ÜoeB; siehe dazu auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a. a. O., Rz. 875 mit Fn. 1817).

7.3 Ob die zivilrechtliche Folge einer allfälligen Vergaberechtswidrigkeit des geschlossenen Vertrages die Nichtigkeit nach Art. 20 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) ist (Zwischenentscheid der BRK 2001-014 vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2a; vgl. zur Rechtsprechung der BRK insoweit kritisch GAUCH, a. a. O., S. 5), braucht im jetzigen Verfahrensstadium entgegen dem entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerinnen nicht im Einzelnen erörtert zu werden. Vielmehr erscheint nach dem in E. 7.2 Gesagten im vorliegenden Zusammenhang die Frage, wie der Umstand, dass der verfrüht abgeschlossene Vertrag allenfalls keine oder nur teilweise Rechtswirksamkeit zu entfalten vermag, aus zivilrechtsdogmatischer Sicht zu begründen ist, nicht mehr von erstrangiger Bedeutung (vgl. MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et alii [Hrsg.], Festschrift für Alfred Bühler, Wege zum Recht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 419). Beim vorliegend zu beurteilenden Dauerschuldverhältnis wird sich insbesondere die Frage stellen, ob der Vertrag ex tunc oder ex nunc angegriffen werden soll. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, ob eine Rückabwicklung – soweit überhaupt möglich – als sachgerecht erscheint (vgl. dazu mutatis mutandis in Bezug auf de facto-Vergaben FETZ, a. a. O., S. 576).