

Kurzgutachten zu Microsoft Enterprise Agreement

Datum: Bern/Winterthur, 5. Juni 2024

Im Auftrag von: **Educa**
Erlachstrasse 21
CH-3003 Bern

Von: **RA Dr. Wolfgang Straub**
Krneta Advokatur Notariat
Münzgraben 6 /Postfach
CH-3001 Bern

RA Julia Bhend
Probst Partner AG
Bahnhofplatz 18
CH-8401 Winterthur

Inhaltsverzeichnis

A.	Für die Leserin und den Leser der Bildungsverwaltung oder der Schulpraxis	3
B.	Ausgangslage und Fragestellung.....	5
1.	Ausgangslage.....	5
2.	Fragestellung.....	6
3.	Abgrenzungen	7
4.	Vorbemerkung zum anwendbaren Beschaffungsrecht	8
C.	Analyse	9
1.	Ausschreibungspflicht und vergaberechtliche Grundsätze bei der Beschaffung von Lizenzen und Services	9
1.1	Subjektiver und objektiver Geltungsbereich des Vergaberechts	9
1.2	Ziele und Verfahrensgrundsätze	11
2.	Voraussetzungen freihändiger Vergaben von Lizenzen und Services	13
2.1	Freihändige Vergabe unterhalb des Schwellenwerts für ein Einladungsverfahren	13
2.2	Freihändige Vergabe oberhalb des Schwellenwerts für ein Einladungsverfahren	13
2.3	Dokumentationspflicht und Beweislast	19
3.	Produktspezifische Beschaffungen/Intrabrand-Wettbewerb.....	20
3.1	Produkt- und Herstellervorgaben im Allgemeinen	20
3.2	Produkt- und Herstellervorgaben im Einladungsverfahren.....	21
4.	Beschaffungsrechtliche Bedeutung von Rahmenverträgen	22
4.1	Rechtsnatur	22
4.2	Rahmenverträge als Element in unterschiedlichen Verfahrensarten	23
4.3	Gemeinsame Vergaben und nachträglicher Beitritt von Leistungsbezügern	24
4.4	Umfang und Bezugsmenge	25
4.5	Dauer des Leistungsbezuges.....	26
4.6	Rechtsschutz.....	27
5.	Mögliche Formen für gemeinsame Beschaffungen.....	28
6.	Bezug von Lizenzen und Services unter dem MS EA	28
D.	Ergebnisse/Beantwortung der Fragen	30
E	Literatur- und Abkürzungsverzeichnis	32
1.	Literatur und Materialien	32
2.	Abkürzungsverzeichnis	34

A. Für die Leserin und den Leser der Bildungsverwaltung oder der Schulpraxis

Gegenstand dieses Gutachtens bildet die Frage, ob die Beschaffung von **standardisierten IT-Services** (insbesondere digital unterstützten Arbeitsplätzen) **zu vorausdefinierten Konditionen** dem Vergaberecht untersteht und gegebenenfalls öffentlich auszuschreiben ist.

Die **nicht öffentlich ausgeschriebenen Rahmenverträge zwischen Microsoft und Educa bilden keine vergaberechtliche Grundlage** für den Bezug der entsprechenden Leistungen. Die einzelnen Bildungseinrichtungen bzw. ihre Trägerschaften (z.B. Kantone, Gemeinden) sind beim Bezug entsprechender Leistungen unter diesen Rahmenverträgen an die Anforderungen des auf sie anwendbaren Vergaberechts gebunden. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die **Ziele und Grundsätze des Vergaberechts** (wie Gleichbehandlung, wirksamer Wettbewerb, Nachhaltigkeit) sind in allen Beschaffungen im Geltungsbereich der IVöB 2019 zu berücksichtigen, also auch dann, wenn aufgrund des geringen Auftragswerts eine Beschaffung ohne öffentliche Ausschreibung in einem Einladungsverfahren oder direkt (freihändig) bei einem Anbieter getätigt werden darf.
- **Daueraufträge** sind **auf 48 Monate hochzurechnen**. Ob eine konkrete Beschaffung objektiv vom Beschaffungsrecht erfasst wird und die im Folgenden erwähnten Schwellenwerte erreicht, muss stets im Einzelfall und aufgrund einer sorgfältigen Auftragswertschätzung eruiert werden.
- Ein **formalisiertes Vergabeverfahren** ist dann durchzuführen, wenn der gesamte geschätzte Auftragswert die einschlägigen **Schwellenwerte** erreicht. Unter der IVöB 2019 liegt diese Schwelle für Lieferungen und Dienstleistungen bei CHF 150'000. Ab diesem Wert ist ein **Einladungsverfahren** durchzuführen und einem **Intrabrand-Wettbewerb** auszusetzen (z.B. mindestens drei Angebote einholen), da öffentliche Mittel eingesetzt werden. Selbst wenn die Voraussetzungen für eine produktspezifische Beschaffung gegeben sind, sollen mindestens **drei Reseller** der entsprechenden Produkte miteinbezogen werden. Erreicht der Auftragswert CHF 250'000 und mehr, muss der Auftrag öffentlich ausgeschreiben werden (**offenes oder selektives Verfahren**). Dabei sind auch **Alternativen** zu den entsprechenden Softwares/Services von Microsoft zuzulassen, wenn die besonderen Voraussetzungen einer produktspezifischen Ausschreibung nicht erfüllt sind (siehe dazu im einzelnen Kap. 3).

- Bei den digital unterstützten Arbeitsplätzen handelt es sich um hoch standardisierte Leistungen. Daher dürften Bezüge oberhalb der Schwellenwerte ohne öffentliche Ausschreibung nur in Ausnahmekonstellationen vergaberechtlich möglich sein.

B. Ausgangslage und Fragestellung

1. Ausgangslage

- 1 Educa hat mit Microsoft einen Rahmenvertrag für öffentlich-rechtliche Bildungsinstitutionen abgeschlossen. Der aktuelle Rahmenvertrag wurde bereits um ein Jahr verlängert und wird am 31. Juli 2024 auslaufen. Ob eine Verlängerung möglich sein wird, ist im heutigen Zeitpunkt nicht klar. Derzeit laufen Verhandlungen für einen neuen Rahmenvertrag mit Microsoft (Microsoft Enterprise Agreement, nachfolgend "**MS EA**").
- 2 Das MS EA bildet einen **vertragsrechtlichen Rahmen** für den Bezug von Microsoft-Lizenzen/Services durch Schulen (bzw. die Träger der jeweiligen Schulen) und Bildungsdirektionen (nachfolgend "Bildungseinrichtungen"). Es regelt insbesondere die Lizenzbedingungen und enthält datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen (insbesondere Data Processing Agreement bzw. Auftragsdatenbearbeitungsvereinbarung), welche für die unter dem MS EA beschafften Lizenzen und Services von Microsoft gelten. Lizenzgegenstand sind im Wesentlichen Software-Lizenzen und Services von Microsoft für einen Cloud-basierten Arbeitsplatz, wie beispielsweise Microsoft 365. Die genauen Bedingungen des neuen MS EA sind derzeit noch nicht bekannt.
- 3 Die **einzelnen Bildungseinrichtungen können dem MS EA als Vertragspartei beitreten** und dann darunter Leistungen bestellen. Das Educa MS EA und allfällige parallele MS EA der Bildungseinrichtungen bestehen unabhängig voneinander. Educa wird keine Bestellungen im Namen von Bildungseinrichtungen unter dem MS EA machen.
- 4 Ein allfälliger Bezug von Lizenzen und Services unter dem MS EA muss bei einem von Microsoft dazu autorisierten Händler erfolgen ("**Reseller**"). Ein direkter Bezug bei Microsoft ist nicht vorgesehen, auch wenn ein direktes Lizenz-/Servicevertragsverhältnis mit Microsoft entsteht. Voraussichtlich wird ein Bezug nur über eine kleine Zahl von Licensing Solution Partners ("**LSP**") möglich sein.¹
- 5 Gestützt auf die Rückmeldung von Educa gehen wir davon aus, dass alle Bildungseinrichtungen, welche entsprechend den Bedingungen des MS EA Leistungen da-

¹ Siehe <https://learn.microsoft.com/en-us/licensing/licensing-solution-partners-support> (zuletzt besucht am 03.06.2024).

runter beziehen dürfen, dem **kantonalen Vergaberecht** bzw. der IVöB 2019 unterstehen. Sollten auch Bildungseinrichtungen des Bundes die Bedingungen des MS EA erfüllen, so wären auf sie die Bestimmungen des BöB 2019 anwendbar.² Da die Bestimmungen des BöB 2019 und der IVöB 2019 abgesehen von wenigen Ausnahmen³ weitgehend harmonisiert sind, könnten die im vorliegenden Kurzgutachten enthaltenen Aussagen sinngemäss auch auf Bildungseinrichtungen übertragen werden, welche dem BöB 2019 unterstehen. Da die Differenzen zwischen IVöB 2019 und BöB 2019 nicht die im Folgenden thematisierten Problemstellungen betreffen, haben wir auch Literatur und Judikatur berücksichtigt, welche sich auf das Beschaffungsrecht des Bundes beziehen.

2. Fragestellung

6 Im Rahmen des vorliegenden Kurzgutachtens sollen wir die folgenden **Fragen** in Bezug auf das MS EA klären:

1. *Welche vergaberechtlichen Aspekte sind durch die Schulen (bzw. deren Träger) und Bildungsdirektionen zu berücksichtigen, damit sie auf Grundlage eines neuen MS EA vergaberechtlich konform Microsoft-Lizenzen beschaffen können?*
2. *Sofern die vergaberechtlichen Schwellenwerte nicht überschritten werden: Unter welchen Voraussetzungen können die Schulen (bzw. deren Träger) und kantonalen Bildungsdirektionen direkt Lizenzen/Services unter dem MS EA beziehen? Wie müssen sie dabei vorgehen?*
3. *Sofern die vergaberechtlichen Schwellenwerte überschritten werden: Unter welchen Voraussetzungen können die Schulen (bzw. deren Träger) und kantonalen Bildungsdirektionen direkt Lizenzen/Services unter dem MS EA beziehen? Wie müssen sie dabei vorgehen?*
4. *Wie sind für konkrete Bezüge einzelner Schulen und kantonalen Bildungsdirektionen die Vergabesummen (Auftragswerte) im Hinblick auf die Schwellenwerte zu*

² Bundesrecht könnte allenfalls anwendbar sein, wenn eine Bildungsinstitution eine Auftraggeberin der zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a BöB 2019 i.V.m. Art. 2 RVOG ist.

³ Insbesondere gewährt die IVöB 2019 Primärrechtsschutz bei Beschaffungen auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs. Primärrechtsschutz bedeutet, dass mit einer Beschwerde auch aufschiebende Wirkung sowie die Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung verlangt werden kann und damit die Beschwerdeführerin bei Obsiegen eine Chance auf den Zuschlag hat. Wenn kein Primärrechtsschutz besteht, erschöpft sich der Rechtsschutz bei Obsiegen auf die Feststellung, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, und die Zusprechung von Schadenersatz (Art. 52 Abs. 2 sowie Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB 2019).

berechnen (insbesondere, wenn mehrere Schulen desselben Trägers Lizenzen und Services beziehen)?

7 Gestützt auf die beschaffungsrechtliche Analyse zu den Bezugsmöglichkeiten unter dem MS EA sollen im Folgenden auch beschaffungsrechtliche Handlungsanweisungen zuhanden der beschaffenden Stellen in den Bildungseinrichtungen gegeben werden.

3. Abgrenzungen

8 Das vorliegende Kurzgutachten beschränkt sich auf beschaffungsrechtliche Aspekte. **Wettbewerbsrechtliche, datenschutzrechtliche sowie vertragsrechtliche Aspekte bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Kurzgutachtens.**

9 Mit dem vorliegenden Kurzgutachten sollen die beschaffungsrechtlichen Fragestellungen grundsätzlich analysiert werden. **Es können hier jedoch keine Aussagen gemacht oder Empfehlungen abgegeben werden, ob die konkreten Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe in Bezug auf die Beschaffung von Microsoft Lizenzen und Services** einer bestimmten Schule bzw. Trägerschaft **vorliegen.**

10 Die Schweiz weist eine grosse **Vielfalt an Bildungseinrichtungen** mit öffentlichen (z.B. Kantone, Gemeinden) und privaten Trägerschaften auf. Das Kurzgutachten fokussiert nur auf öffentliche Trägerschaften auf kantonaler und kommunaler Ebene⁴. Unter welchen Voraussetzungen private Schulen bzw. Trägerschaften (etwa durch die Finanzierung konkreter Beschaffungen oder einzelner oder aller Aufgabenbereiche einer Schule seitens öffentlicher Hände) den Regeln des öffentlichen Vergaberechts unterstellt werden, wird hier nicht analysiert.

11 Das vorliegende Kurzgutachten soll zwar den Bildungseinrichtungen zeigen, unter welchen Voraussetzungen sie unter dem MS EA Lizenzen oder Services abrufen dürfen. Es kann aber **keine Handlungsanleitung dafür bieten, wie Kantone und Gemeinden selbst gegebenenfalls WTO-Ausschreibungen⁵ für den Bezug von Lizenzen oder Services ausgestalten sollten.** Dies hängt insbesondere davon ab, was der konkrete Bedarf der einzelnen Bildungseinrichtungen ist, sowie davon, ob für

⁴ Siehe dazu auch Rz 5.

⁵ Liefer- und Dienstleistungsaufträge, welche den Schwellenwert von CHF 350'000 erreichen oder übersteigen, müssen öffentlich entsprechend den Vorgaben des WTO-Übereinkommens ausgeschrieben werden. Siehe dazu Rz 20 sowie <https://www.bbl.admin.ch/bbl/de/home/logistik/beschaffungswesen/wto-ausschreibungen.html> (zuletzt besucht am 03.06.2024).

sie die in Frage stehenden Produkte und Services von Microsoft durch andere substituierbar wären und daher im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung beschafft werden müssen oder ob gegebenenfalls ein Intra-brand-Wettbewerb unter den LSPs durchzuführen wäre.

4. **Vorbemerkung zum anwendbaren Beschaffungsrecht**

- 12 Beschaffungen von kantonalen und kommunalen Behörden und Organisationen unterliegen dem jeweiligen **kantonalen Beschaffungsrecht**. Diese kantonalen Regeln stützen sich auf die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 ("IVöB 2001") oder die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 ("IVöB 2019"). In vielen Kantonen gilt inzwischen die IVöB 2019. In den anderen Kantonen (mit Ausnahme des Kantons Tessin) laufen derzeit die Arbeiten zum Beitritt zur IVöB 2019. Wo die IVöB 2019 nicht in Kraft ist, gilt weiterhin die IVöB 2001. Eine Ausnahme bildet der Kanton Bern: Dieser ist nicht Mitglied der IVöB 2019, wendet sie aber als kantonales Recht an.⁶
- 13 Mit der IVöB 2019 wurde das Beschaffungsrecht auf kantonaler und auf Bundesebene stark harmonisiert.⁷ In Bezug auf die vorliegend interessierenden Fragen gibt es allerdings nur wenige Unterschiede zwischen der IVöB 2001 und der IVöB 2019. **Wo nicht anders vermerkt, erfolgen die Ausführungen des vorliegenden Kurzgutachtens unter Anwendung der Regelungen der IVöB 2019.**

⁶ Vgl. Übersicht über die Beitritte zur IVöB 2019 (Stand 01.04.2024) unter <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (zuletzt besucht am 05.04.2024).

⁷ Siehe dazu auch Rz 5.

C. Analyse

1. Ausschreibungspflicht und vergaberechtliche Grundsätze bei der Beschaffung von Lizenzen und Services

1.1 Subjektiver und objektiver Geltungsbereich des Vergaberechts

- 14 Die Beschaffung von Lizenzen und damit zusammenhängenden IT-Services – z.B. Software as a Service (SaaS), Einführung, Schulung, Wartung und Support von Software – ist ein **öffentlicher Auftrag** gemäss Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019, der dem Beschaffungsrecht untersteht.
- 15 Öffentliche Aufträge werden unterteilt in Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Die Einräumung von Gebrauchs- und Nutzungsrechten (z.B. in Form von Lizenzen) stellt einen **Lieferauftrag** im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB dar.⁸ Aufträge, die sich aus unterschiedlichen Leistungen zusammensetzen (z.B. Dienstleistungen und Lizenzeinräumung), werden jener Leistungsart zugeordnet, welche finanziell überwiegt (Art. 8 Abs. 3 IVöB 2019).
- 16 Bei 'Software as a Service' und ähnlichen Cloud Services, welche z.B. in Zusammenhang mit M365 zur Verfügung gestellt werden, dürfte es sich eher um **Dienstleistungen** handeln. Diese sind jedoch ebenfalls als öffentliche Aufträge gemäss Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019 zu qualifizieren und unterstehen denselben Schwellenwerten für Lizenzen (siehe dazu auch Rz. 19).
- 17 Eine Ausschreibungspflicht für öffentliche Aufträge besteht für eine Bildungseinrichtung dann, wenn sie **als Auftraggeberin dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht** (sog. subjektiver Geltungsbereich) und der konkrete Auftrag in den Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt (sog. objektiver Geltungsbereich).⁹
- 18 Als Auftraggeberin unterstehen dem öffentlichen Beschaffungsrecht die staatlichen Behörden sowie die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Art. 4 Abs. 1 IVöB 2019). **Die von den**

⁸ MÜLLER, Art. 8 N 52 und 54.

⁹ Vgl. dazu auch KOCH, S. 7f.

Kantonen und Gemeinden getragenen Bildungseinrichtungen fallen in diesen subjektiven Geltungsbereich.¹⁰

- 19 Die Verfahrensart, nach welcher ein öffentlicher Auftrag ausgeschrieben werden muss, richtet sich nach dem Auftragswert. Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge kantonaler und kommunaler Auftraggeberinnen gelten für das Jahr 2024 folgende **Schwellenwerte** für die Wahl der Verfahrensart:

Auftragswert in CHF (ohne MWST)	Verfahrensart
< 150'000 ¹¹	Freihändiges Verfahren
< 250'000	Einladungsverfahren
≥ 250'000	Offenes/selektives Verfahren
≥ 350'000	im Staatsvertragsbereich: offenes/selektives WTO-Verfahren (vgl. dazu Rz 20)

- 20 Die IVöB unterscheidet zwischen Beschaffungen im **Staatsvertragsbereich** und solchen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs. Vom Staatsvertragsbereich umfasst sind alle Beschaffungen, die dem GPA 2012 oder dem BAöB unterstehen. Das sind insbesondere Beschaffungen von Bildungseinrichtungen, die Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 1 IVöB 2019 sind¹², und die Dienstleistungen auf der Liste in Anhang I, Annex 5 GPA 2021 (z.B. Dienstleistungen zur Datenverarbeitung) oder Lieferungen (z.B. Lizenzen) umfassen. Wenn bei solchen Beschaffungen der Auftragswert von CHF 350'000 überschritten wird, muss eine öffentliche Ausschreibung entsprechend den Vorgaben des WTO-Übereinkommens durchgeführt werden.
- 21 Die Unterscheidung, ob eine Beschaffung in den **Staatsvertragsbereich** fällt oder nicht, hat Auswirkungen u.a. auf die einzuhaltenden Mindestfristen, das Teilnahme-

¹⁰ Ausnahmen sind denkbar für rein private, nicht staatsgebundene Schulen, die keine Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVöB 2019 sind und auch keinen öffentlichen Leistungsauftrag erfüllen oder zu mehr als 50 Prozent ihrer Gesamtkosten subventioniert sind (Art. 4 Abs. 4 IVöB 2019).

¹¹ Für Kantone, in denen die IVöB 2001 gilt, beträgt der Schwellenwert für Lieferaufträge im Jahr 2024 CHF 100'000.

¹² Siehe dazu Rz 18.

recht ausländischer Anbieter, die anwendbaren Schwellenwerte und Verfahrensarten, die Zulässigkeit von Ausbildungsplätzen als Zuschlagskriterium sowie auf Bundesebene auch auf den Rechtsschutz¹³.

- 22 Für die **Berechnung des Auftragswerts** ist der Gesamtwert der zu beschaffenden Leistungen über die gesamte Vertragsdauer – einschliesslich der Optionen – massgebend (Art. 15 Abs. 3 IVöB 2019). Bei Daueraufträgen bestimmt sich der Auftragswert anhand des geschätzten Gesamtwerts für die Laufzeit des Vertrages. Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit berechnet sich der Auftragswert anhand der jährlichen Rate multipliziert mit vier (Art. 15 Abs. 5 IVöB 2019).
- 23 Bei **wiederkehrend benötigten Leistungen** wird der Auftragswert anhand der während der letzten 12 Monate vergebenen Leistungen berechnet. Wurden noch keine entsprechenden Leistungen vergeben, ist der geschätzte Bedarf innerhalb der nächsten 12 Monate massgebend (Art. 15 Abs. 6 IVöB 2019). Diese Bestimmung ist auf Situationen zugeschnitten, in denen eine Auftraggeberin immer wieder kleinere, gleichartige Verträge abschliesst, wie etwa die Lieferung von Verbrauchsmaterial oder Ersatzteilen oder der Kauf einzelner zusätzlicher Lizenzen. Dabei ist das Zerstückelungsverbot zu beachten (Art. 15 Abs. 2 IVöB 2019 und Art. II Ziff. 6 lit. a GPA 2012; vgl. dazu Rz 78).¹⁴

1.2 Ziele und Verfahrensgrundsätze

- 24 **Zwecke der IVöB** sind gemäss Art. 2 IVöB 2019:
- a. der wirtschaftliche und volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel;
 - b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
 - c. die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter;
 - d. die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs.
- 25 Der Zweckartikel enthält **programmatische Grundsätze** (a und d) und justiziable, direkt anwendbare Normen (b und c). Alle Grundsätze dienen als Auslegungshilfe bei

¹³ Auf Bundesebene besteht ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kein Primärrechtsschutz, vgl. Rz 5 und Fn 3.

¹⁴ Siehe dazu insbesondere FISCHER, Art. 15 N 24; DIEBOLD/DIEM, Rz 149ff.

der Anwendung der Gesetzesbestimmungen.¹⁵ Die **Reihenfolge der Zwecke** ist ohne Bedeutung. Alle verlangen gleichermassen Beachtung.¹⁶

26 Art. 11 IVöB 2019 enthält die allgemeinen **Verfahrensgrundsätze**, die von den Auftraggeberinnen in allen Phasen der Beschaffung öffentlicher Aufträge beachtet werden müssen und im Dienst der übergeordneten Ziele stehen.¹⁷ Zu den Verfahrensgrundsätzen zählen:

- a. Transparenz, Objektivität und Unparteilichkeit
- b. Vermeidung von Interessenkonflikten, Wettbewerbsabreden und Korruption
- c. Gleichbehandlung der Anbieter
- d. Verzicht auf Abgebotsrunden¹⁸
- e. Vertraulichkeit.

27 Auch bei dieser Aufzählung bedeutet die **Reihenfolge keine Prioritätsordnung**. Alle Grundsätze sind untereinander gleichwertig. Konflikte sind durch eine Interessenabwägung zu lösen.¹⁹

28 Diese **Grundsätze sind in allen Beschaffungen im Geltungsbereich der IVöB 2019 zu berücksichtigen**, also auch dann, wenn aufgrund des geringen Auftragswerts eine Beschaffung ohne öffentliche Ausschreibung und Einladungsverfahren direkt (freihändig) bei einem Anbieter getätigt werden darf (vgl. dazu Rz 30ff).²⁰ Die Grundsätze gelten auch beim Abschluss eines Rahmenvertrags und für den individuellen Abruf der Leistungen unter einem Rahmenvertrag.²¹

¹⁵ TRÜEB, Art. 2 N 11 und 42ff.

¹⁶ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 24.

¹⁷ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 41.

¹⁸ 'Abgebotsrunden' sind Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Angebotspreis zu senken (MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 43).

¹⁹ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 41.

²⁰ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 53; siehe dazu statt vieler DIEBOLD/DIEM, Rz 5ff.

²¹ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 62 und 64.

2. Voraussetzungen freihändiger Vergaben von Lizenzen und Services

2.1 Freihändige Vergabe unterhalb des Schwellenwerts für ein Einladungsverfahren

29 Unterhalb des Schwellenwerts für die Durchführung eines Einladungsverfahrens können öffentliche Aufträge **direkt ohne Ausschreibung ('freihändig')** vergeben werden.

30 **Die Verfahrensgrundsätze gemäss Art. 11 IVöB 2019 gelten grundsätzlich auch bei freihändigen Vergaben**, allerdings in abgeschwächter Form.²² So sind Preis Anpassungen bei den Verhandlungen einer Offerte im freihändigen Verfahren (Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019) zulässig. Die Auftraggeber können Vergleichsofferten einholen und Verhandlungen führen (Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019).²³ Das Verbot von Abgebotsrunden gilt daher im freihändigen Verfahren nicht. Allerdings verlangt das Transparenzgebot bei freihändigen Vergaben, dass bei den Anbietern nicht der Anschein erweckt wird, es werde ein Einladungsverfahren durchgeführt.²⁴

2.2 Freihändige Vergabe oberhalb des Schwellenwerts für ein Einladungsverfahren

2.2.1 Ausnahmetatbestände

31 Wenn der Schwellenwert für die Durchführung eines Einladungsverfahrens überschritten wird, ist eine **freihändige Vergabe nur in den Fällen von Art. 21 Abs. 2 IVöB 2019 zulässig**. Diese abschliessend aufgezählten Ausnahmetatbestände bilden einen *numerus clausus*, egal wie überzeugend andere mögliche Rechtfertigungen für freihändige Vergaben sein mögen.²⁵

32 Im Vordergrund steht bei einer Beschaffung von Lizenzen/IT-Services, welche sich auf **bereits bei der Vergabestelle im Einsatz stehende Produkte bezieht** (z.B. Verlängerung von Lizenzen oder der Kauf einer zusätzlichen Anzahl Lizenzen für weitere Nutzer), eine freihändige Vergabe gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. c oder e IVöB 2019.

²² MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 55.

²³ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 43.

²⁴ AESCHBACHER/KREBS, Art. 21 N 5 m.w.H.

²⁵ BVGer, Urteil vom 9. Mai 2022, B-3580/2021, E. 2.1.

2.2.2 Freihändige Vergabe aus technischen oder immaterialgüterrechtlichen Gründen nach Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB 2019

33 Nach Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB 2019 ist eine freihändige Vergabe zulässig, wenn folgende **Voraussetzungen** erfüllt sind:

‘aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative.’

34 Die Anwendung dieses Tatbestands verlangt zwei **Voraussetzungen**, die **kumulativ** erfüllt sein müssen:

(1) Alleinstellung und

(2) Fehlen einer angemessenen Alternative.

a) **Alleinstellung**

35 Es muss dargelegt werden, dass **aus technischen, künstlerischen oder immaterialgüterrechtlichen Gründen nur ein Anbieter** in der Lage ist, die gewünschte Leistung zu erbringen.

36 Bei der Beschaffung von **Lizenzen, Pflege- und Supportleistungen** für proprietäre Software sowie Verlängerung oder Ergänzung von SaaS ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn nur der Softwarehersteller die nachgefragten Leistungen aus urheberrechtlichen Gründen erbringen kann und kein anderer Anbieter über die dafür notwendigen Lizenz-, Vertriebs- oder Bearbeitungsrechte verfügt.²⁶ Sofern auch Dritte (z.B. Reseller) die Leistungen erbringen können, ist die Voraussetzung nicht erfüllt und die freihändige Vergabe nicht zulässig.

37 Wenn bei Microsoft-Produkten ein Händler- bzw. **‘Intrabrand’-Wettbewerb** möglich ist und Microsoft-Lizenzen und Services über unterschiedliche Kanäle und Anbieter beschafft werden können, liegt kein immaterialgüterrechtlicher Grund vor, der die freihändige Vergabe rechtfertigen kann. Siehe zum Intrabrand-Wettbewerb weiter hinten Rz 57ff.

38 Neben immaterialgüterrechtlichen Gründen können bei SaaS und Softwarepflegeleistungen auch **technische Gründe** eine Alleinstellung begründen. Technische

²⁶ FRÖHLICH-BLEULER, Rz 13 und 51ff.

Gründe im Sinne dieser Bestimmung umfassen auch rechtliche Gründe wie zum Beispiel Exklusivrechte. In diesem Zusammenhang wird auch von einem 'faktischen Monopol' gesprochen.²⁷ So hat der Hersteller von proprietärer Software in aller Regel auch eine technische Alleinstellung, da nur er über das Know-how und den Source Code verfügt, der für die Pflegeleistungen notwendig ist.²⁸ Technische Gründe können überdies vorliegen, wenn bei einer Verwendung von Produkten/Services anderer Anbieter Störungen oder Kompatibilitätsprobleme mit bestehenden Produkten/Services entstehen.²⁹

b) Fehlen einer angemessenen (funktional gleichwertigen) Alternative

39 Als zweite Voraussetzung muss dargelegt werden, dass es **keine Alternative zur freihändigen Beschaffung** gibt, welche funktional das Beschaffungsbedürfnis der Vergabestelle abzudecken vermag.³⁰ Existieren funktional gleichwertige Alternativen, ist eine freihändige Vergabe nur gerechtfertigt, wenn die Beschaffung der Alternative (z.B. die Einführung eines anderen Produkts) unverhältnismässige Risiken oder Schwierigkeiten betrieblicher, technischer oder rechtlicher Art mit sich bringen würde (z.B. Verlust oder Inkompatibilität von Daten oder ein nicht hinnehmbarer Betriebsunterbruch eines kritischen Systems) oder wenn diese unverhältnismässige Mehrkosten (z.B. für die Sicherstellung des Betriebs, die Änderung von Betriebsabläufen, Personalschulung, etc.) zur Folge hätte.³¹

40 Ob in Bezug auf die hier in Frage stehenden Microsoft Produkte und Services entsprechende Alternativen bestehen, hängt insbesondere davon ab, was der **konkrete Bedarf der einzelnen Bildungseinrichtungen** ist und ob eine funktionale Ausschreibung durchgeführt werden könnte, in welche auch entsprechende Services für

²⁷ JAQUIER, S. 15 m.w.H.

²⁸ VGer Zürich, Urteil vom 11. August 2016, VB.2015.00780, E. 4.1; FRÖHLICH-BLEULER, Rz 55f.

²⁹ FRÖHLICH-BLEULER, Rz 56.

³⁰ BGE 137 II 313, E. 3.6.1.

³¹ BGE 137 II 313, E. 3.3 und 3.6.1; BGer, 2C_134/2013, E. 2.8.2; VGer St. Gallen, Urteil vom 7. April 2017, B 2016/118, E. 2.4 und 2.5; VGer Graubünden, Urteil vom 26. April 2017, U 16 80, E. 3b und 3c.; VGer St. Gallen, Urteil vom 7. April 2017, B 2016/118, E. 2.4 und 2.5; VGer Zürich, Urteil vom 11. August 2016, VB.2015.00780, E. 3.1, VGer Zürich Urteil vom 29. Juli 2014, VB.2014.00215, E. 2.2; FRÖHLICH-BLEULER, Rz 59; WOLF, Rz 24.

Open Source Produkte³² und alternative proprietäre Produkte und Services einbezogen werden.

- 41 Gemäss der Rechtsprechung muss eine Vergabestelle, die ein bestehendes Produkt weiter nutzen und Erneuerungen/Ergänzungen dafür beschaffen möchte, nicht den vollständigen Ersatz und Austausch des Produkts ausschreiben, falls technische oder rechtliche Gründe dagegensprechen und der Komplettersatz **unverhältnismässig** wäre.³³

c) **Rechtskonforme Grundbeschaffung**

- 42 Einzelne Gerichtsurteile und Literaturstimmen verlangen für eine Anwendung des Ausnahmetatbestandes von Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB 2019 auf Beschaffungen, bei welchen die **Kompatibilität mit einer früher erfolgten Beschaffung** als Begründung für die freihändige Vergabe angeführt wird, zusätzlich zum Alleinstellungsmerkmal und dem Fehlen einer angemessenen Alternative, dass die Vergabe der ursprünglichen Leistungen in einem rechtskonformen Verfahren bzw. in einem dem massgeblichen Auftragswert entsprechenden Verfahren erfolgt ist.³⁴

- 43 Umstritten ist, inwiefern ein '**Selbstverschulden**' der Vergabestelle, das den Freihandtatbestand verursachte (z.B. Nichtsichern der Rechte für künftige Weiterentwicklungen, unterlassenes Einbeziehen von Optionen für künftige Zusatzbeschaffungen), die Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe ausschliessen soll.³⁵

³² Auf den ersten Blick fragt sich, ob im Rahmen von öffentlichen Ausschreibungen Open Source Software überhaupt relevant ist. Währenddem Open Source Software grundsätzlich kostenfrei genutzt werden darf, können 'Distributionen' mit Paketen aus zahlreichen aufeinander abgestimmten Softwarekomponenten sowie ergänzende Projektleistungen, Hosting, Betrieb, Wartung, Support etc. kostenpflichtig sein und entsprechende Leistungen daher auch angeboten werden.

³³ Dazu ausführlich 'Microsoft'-Urteil des BVGer vom 6. Juli 2010, B-3402/2009, E. 3.2.8, 4.3 und 4.5 und BGE 137 II 313, E. 3.3; BGer, 2C_134/2013, E. 2.8.2; VGer Graubünden, Urteil vom 26. April 2017, U 16 80, E. 3b und 3c; VGer St. Gallen, Urteil vom 7. April 2017, B 2016/118, E. 2.4 und 2.5; VGer Zürich, Urteil vom 11. August 2016, VB.2015.00780, E. 3.1.; VGer Zürich Urteil vom 29. Juli 2014, VB.2014.00215, E. 2.2.

³⁴ BVGer, Urteil vom 9. Mai 2022, B-3580/2021, E. 2.7 (die in dieser Erwägung aufgeführten Verweise betreffen allerdings freihändige Vergaben nach Art 21 Abs. 2 lit. e BöB 2019 bzw. die entsprechende Vorgängerbestimmung in Art. 13 Abs. 1 lit. f aVöB und nicht Vergaben nach Art 21 Abs. 2 lit. c BöB bzw. IVöB 2019); Tribunal cantonal du canton de Vaud, Entscheid vom 6. November 2009, GE.2007.0013, E. 5; VGer St. Gallen, Entscheid vom 7. April 2017, B 2016/118, E. 2.3.5; VGer Zürich, Urteil vom 2. Mai 2023, VB.2023.00038, E. 5.3.

³⁵ Vgl. SCHERLER, S. 38ff m.w.H.

44 Wenn eine Bildungseinrichtung eine freihändige Beschaffung gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB 2019 prüft, sollte sie diese Aspekte in ihren Abklärungen berücksichtigen.

2.2.3 Freihändige Vergabe von Folgebeschaffungen nach Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB 2019

45 Nach Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB 2019 kann ein Auftrag einem bestehenden Anbieter freihändig vergeben werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

"ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen ist aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich, würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substantielle Mehrkosten mit sich bringen".

Die Anwendung dieses Tatbestands verlangt drei **Voraussetzungen**, die **kumulativ** erfüllt sein müssen:

- (1) Es handelt sich um eine **Folgebeschaffung zu einer vergaberechtskonformen Grundbeschaffung**,
- (2) der Wert des Folgeauftrags bzw. aller Folgeaufträge darf **nicht höher sein als der Wert des Grundauftrags**, und
- (3) **ein Anbieterwechsel hätte erhebliche Nachteile**.

a) Grundbeschaffung/Wert der Folgebeschaffung

46 Dieser Ausnahmetatbestand betrifft **Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung eines bereits erbrachten Grundauftrags**. Der Grundauftrag muss an denselben Anbieter vergeben worden sein, den die Auftraggeberin für die freihändige Folgebeschaffung vorgesehen hat.³⁶

47 In dieser Fallkonstellation muss der **Grundauftrag vergaberechtskonform vergeben** worden sein – und zwar mindestens in der gleichen oder einer höherstufigen Verfahrensart, wie der Auftragswert des Folgeauftrags verlangen würde. Der **Wert des Folgeauftrags (bzw. aller Folgeaufträge) darf grundsätzlich nicht höher sein als der Wert des seinerzeitigen Grundauftrags**.³⁷

³⁶ FRÖHLICH-BLEULER, Rz 61.

³⁷ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 57.

48 Der Text des **GPA 1994** enthielt eine Fussnote zu Art. XV Abs. 1 lit. d, auf welcher die Vorgängerbestimmung von Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB 2019 unter dem früheren Beschaffungsrecht beruhte. Diese lautet wie folgt: *"Es gilt als vereinbart, dass ‚bestehende Anlagen‘ Software in dem Ausmass umfassen, als die Erstbeschaffung der Software diesem Übereinkommen unterlag."* Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Erstbeschaffung im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung erfolgt ist. Sinn und Wortlaut dieser Bestimmung sprechen nach unserer Auffassung dafür, dass die Ausnahme auch für vorbestehende Software gilt, auf deren Beschaffung das GPA zwar grundsätzlich anwendbar war, aber einen Ausnahmetatbestand dafür vorgesehen hat.³⁸ Das GPA 2012 enthält keine entsprechende Formulierung in Bezug auf Software mehr, es ist aber davon auszugehen, dass Folgebeschaffungen nach Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB 2019 voraussetzen, dass die ursprüngliche Beschaffung rechtskonform war (siehe dazu Rz 47).

49 Ob auch eine **Beschaffung vor Inkrafttreten des Vergaberechts** als Grundlage für Zusatzbeschaffungen unter Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB 2019 genügt, ist noch nicht geklärt. Unseres Erachtens sollte auch bei einer solch weit zurückliegenden ‚vergaberechtskonformen‘ Erstbeschaffung die Berufung auf diese Bestimmung möglich sein.

b) Erhebliche Nachteile eines Anbieterwechsels

50 Folgeaufträge dürfen freihändig erteilt werden, wenn ein Anbieterwechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, **erhebliche Schwierigkeiten bereiten würde oder substantielle Mehrkosten** mit sich bringen würde.

51 **Technische Gründe** sind beispielsweise Inkompatibilitäten mit bestehenden Komponenten, Dienstleistungen oder Material.³⁹

52 Während der Wortlaut nur ‚substantielle‘ Mehrkosten voraussetzt, wird in der Musterbotschaft verlangt, dass die Mehrkosten bei einem Anbieterwechsel **unverhältnismässig‘ sind im Verhältnis zum Auftragswert** der fraglichen freihändigen Vergabe. Unter die zu berücksichtigenden Mehrkosten sind auch Überführungs- und

³⁸ Siehe dazu jedoch WOLF, Rz 45, der davon ausgeht, dass die ursprüngliche Leistung im Wettbewerb vergeben worden sein muss. BVGer, Zwischenentscheid vom 02. Juli 2009, B-3402/2009, E. 6.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz 358; SCHNEIDER HEUSI/MAZZARIELLO, Rz 35, und MEYER, S. 723, stellen darauf ab, ob die Erstbeschaffung in einem dem absehbaren Gesamtauftragswert entsprechenden Verfahren vergeben wurde. Damit soll verhindert werden, dass zunächst eine freihändige Vergabe unter dem Schwellenwert erfolgt und diese dann weitere freihändige Vergaben nach sich zieht, welche oberhalb des Schwellenwertes liegen.

³⁹ TRÜEB/CLAUSEN, Art. 21 N 12.

Einrichtungskosten sowie Einarbeitungskosten zu zählen.⁴⁰ Umgekehrt sind auch mögliche Einsparungen bei einem Wechsel als Folge der Marktöffnung zu berücksichtigen.⁴¹

2.3 Dokumentationspflicht und Beweislast

53 Das Vorliegen der Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe bedarf einer **sorgfältigen Prüfung im Einzelfall**. Die Vergabestelle muss sich mit den Voraussetzungen der Freihandvergabe einlässlich auseinandersetzen.

54 Die Vergabestelle muss zudem über jeden nach Massgabe von Art. 21 Abs. 2 IVöB 2019 freihändig vergebenen Auftrag eine **Dokumentation** erstellen, welche u.a. die Umstände und Bedingungen erklärt, welche die Anwendung des freihändigen Verfahrens rechtfertigen (Art. 21 Abs. 3 IVöB 2019).

55 Bei einer Berufung auf Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB 2019 muss die Vergabestelle insbesondere detailliert abklären, ob es wirklich keine angemessene Alternative zum Angebot des von ihr präferierten Anbieters gibt. Zu diesem Zweck muss sie zwar kein vorgängiges offenes Verfahren durchführen, aber dennoch das Vorliegen der Voraussetzungen für die **Anwendung der Ausnahmenvorschrift anhand der durchgeführten Abklärungen zumindest glaubhaft machen**. Insbesondere muss die Vergabestelle darlegen, dass sie sich im Lichte der konkreten Beschaffung – vor Einleitung der freihändigen Vergabe – detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt, in vergaberechtskonformer Weise technische Anforderungen aufgestellt und gestützt darauf den Markt analysiert hat, bevor sie zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt sind.⁴²

56 Die **Erfüllung der Voraussetzungen** für die Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe sind **in einem Beschwerdeverfahren** gegen die freihändige Vergabe von der Vergabestelle **nachzuweisen**.⁴³

⁴⁰ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 57.

⁴¹ TRÜEB/CLAUSEN, Art. 21 N 12.

⁴² BVGer, Urteil vom 9. Mai 2022, B-3580/2021, E. 2.1 m.w.H.

⁴³ BGer, Urteil vom 6. November 2023, 2C_50/2022, E. 5.9.

3. Produktspezifische Beschaffungen/Intrabrand-Wettbewerb

3.1 Produkt- und Herstellervorgaben im Allgemeinen

57 Der Beschaffungsgegenstand wird von der Auftraggeberin nach ihren Bedürfnissen bestimmt. In der Definition des Beschaffungsgegenstandes ist sie frei, solange sie sich auf objektive, vertretbare Gründe stützt. Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen verfügt die Vergabestelle über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen die Gerichte nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreifen. Indessen **darf der Markt durch technische Spezifikationen grundsätzlich nicht derart beschränkt werden, dass nur noch ein bestimmtes Produkt oder eine bzw. wenige Anbieterinnen in Frage kommen.**⁴⁴

58 Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen hat sich die Vergabestelle – soweit möglich und angemessen – auf internationale Normen, in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, Normen oder Branchenempfehlungen zu stützen (Art. 30 Abs. 2 IVöB 2019). **Grundsätzlich ist der Beschaffungsgegenstand produkt- und anbieterneutral zu beschreiben**, d.h. ohne eine Vorgabe bestimmter Marken, Patente, Urheberrechte oder eines bestimmten Ursprungs oder bestimmter Produzenten (Art. 30 Abs. 3 IVöB 2019).

59 Zwischen dem Idealtypus der offenen, produktneutralen Ausschreibung (maximaler Wettbewerb) und der freihändigen Direktvergabe an einen Anbieter, bei der jeder Wettbewerb ausgeschlossen ist, liegt die produktspezifische Ausschreibung, bei der ein Anbieterwettbewerb unter den Händlern des Produkts (**'Intrabrand-Wettbewerb'**) besteht. Da die Einschränkung des Wettbewerbs bei einer produktspezifischen, aber offenen Ausschreibung weniger gross ist als bei einer freihändigen Vergabe, dürfen an eine produktspezifische Ausschreibung jedenfalls keine strengeren Anforderungen als für eine Freihandvergabe gestellt werden.⁴⁵ In Abweichung vom 'Idealtypus' der produktneutralen offenen Ausschreibung gemäss Art. 30 Abs. 3 IVöB 2019 ist daher **eine produktspezifische Beschaffung zulässig, wenn (sinngemäß) die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes von Art. 21 Abs. 2**

⁴⁴ BVGer, Zwischenentscheid vom 16. Februar 2018, B-7062/2017, E. 8.1 m.w.H.; BVGer, Urteil vom 30. April 2014, B-4958/2013, E. 2.5.3 m.w.H; OECHSLIN/ LOCHER, Art. 30 N 14.

⁴⁵ Vgl. FRÖHLICH-BLEULER, Rz 12 und Rz 78.

IVöB 2019 vorliegen (vgl. dazu Kap. 2). Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen trägt die Vergabestelle die Beweislast.⁴⁶

60 Wenn die Voraussetzungen einer auf Microsoft Lizenzen/Services beschränkten Beschaffung erfüllt sind und für diese Leistungen eine **Intrabrand-Wettbewerbssituation** besteht, muss ein dem Auftragswert entsprechendes Vergabeverfahren durchgeführt werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Preise bei allen Resellern dieselben sind, weil sie sich auf die Konditionen des Educa MS EA beziehen.⁴⁷

3.2 Produkt- und Herstellervorgaben im Einladungsverfahren

61 Es gibt mehrere kantonale Gerichtsentscheide, welche die **Vorgabe von bestimmten Marken und Produkten** in einem Einladungsverfahren zulassen, ohne dass die Voraussetzungen für eine produktspezifische Beschaffung vorliegen müssen oder dass die Vergabestelle gleichwertige Alternativen zulassen muss. Begründet werden diese Entscheide damit, dass die Vergabestelle die in einem Einladungsverfahren einzuladenden Unternehmen frei auswählen dürfe und kein Anspruch auf Teilnahme bestehe. Daher müsse es ihr daher auch gestattet sein, sich vorab für ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Marke zu entscheiden und nur solche Anbieter einzuladen, welche dieses Produkt oder diese Marke anbieten, zumindest solange es dafür mehrere Anbieter auf dem Markt gibt. Die Vergabestelle habe lediglich die Pflicht, die eingeladenen Anbieter untereinander gleich und fair zu behandeln; keine solche Pflicht bestehe gegenüber nicht eingeladenen Dritten.⁴⁸

62 BEYELER erachtet diese Rechtsprechung als problematisch. Er sieht darin aber nicht primär eine Verletzung des Vergaberechts, sondern eher des finanzrechtlichen **Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes**, wenn die Vergabestelle ein Einladungsverfahren ohne Not auf ein Produkt beschränkt, das bei objektiver Betrachtung nicht das beste ist, weil es gleich teure Alternativprodukte mit besserer Qualität oder qualitativ gleichwertige Alternativprodukte mit tieferem Preis gäbe.⁴⁹

⁴⁶ BVGer, Zwischenentscheid vom 10. September 2021, B-3576/2021, E. 4.2.4; BGer, Urteil vom 6. November 2023, 2C_50/2022, E. 5.9.1.

⁴⁷ FRÖHLICH-BLEULER, Rz 52.

⁴⁸ VGer Aargau, Urteil vom 25. November 2008, WBE.2008.298 (AGVE 2008 S. 191ff), E. 2.2.3; VGer St. Gallen, Entscheid vom 15. Dezember 2023, B 2023/211, E. 5.1; VGer St. Gallen, Entscheid vom 20. März 2020, B 2019/278, E. 2.3; VGer St. Gallen, Entscheid vom 9. Juli 2018, B 2018/31, E. 2.2. Weitere Verweise auf kantonale Entscheide in BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, S. 89 Nr. 97, und Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, S. 110f, Nr. 162.

⁴⁹ BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, S. 89, Anmerkung zu Nr. 97.

63 Die Frage, ob in einem Einladungsverfahren Produkt- oder Herstellervorgaben gemacht werden dürfen, ohne dass die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe (sinngemäss) erfüllt sind (siehe Rz 59f), ist **höchstrichterlich noch nicht geklärt**. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, besteht daher ein gewisses Risiko, dass die Beschränkung eines Einladungsverfahrens auf Reseller von Microsoft-Produkten von einem Gericht oder von einer Finanzaufsichtsbehörde als unzulässig beurteilt wird.

4. Beschaffungsrechtliche Bedeutung von Rahmenverträgen

4.1 Rechtsnatur

64 Rahmenverträge sind einerseits ein weit **verbreiteter Typus des Vertragsrechts**. Andererseits können Rahmenverträge ein spezifisches, in Art. 25 IVöB 2019 geregeltes **Instrument des öffentlichen Vergaberechts** sein – dies setzt jedoch voraus, dass sie bestimmte Vorgaben des Beschaffungsrechts erfüllen (siehe dazu im Einzelnen Rz 70ff). Die Unterscheidung zwischen Rahmenverträgen im Sinn des Vergaberechts und sonstigen Rahmenverträgen mit bloss zivilrechtlicher Wirkung ist von zentraler Bedeutung für das vorliegend in Frage stehende MS EA.

65 In der Regel enthalten Rahmenverträge weder eine **direkte Leistungspflicht der Auftragnehmerin noch eine Bezugspflicht der Auftraggeberin**.⁵⁰ Vielmehr legen sie lediglich die Bedingungen fest, unter welchen zukünftige Bezüge stattfinden sollen. Indem diese Bedingungen nicht mehr für jeden Einzelbezug festgelegt oder verhandelt werden müssen, kann der Aufwand der einzelnen Beschaffungen deutlich reduziert werden (**Rationalisierungseffekt**).

66 In der Praxis spielen Rahmenverträge bei **der Beschaffung von Lizenzen und IT-Services** eine wichtige Rolle, da hier über eine gewisse Zeit hinweg immer wieder die gleichen oder ähnliche Leistungen unter denselben Bedingungen abgerufen werden können.⁵¹ Gegenüber direkten Beschaffungen bieten Rahmenverträge den Vorteil, dass sie in Bezug auf die abgerufenen Mengen und die Zeitpunkte der Abrufe eine höhere Flexibilität erlauben (siehe dazu auch Rz 77ff).

67 Mitunter werden Rahmenverträge auch bei der **gemeinsamen Beschaffung** (z.B. Bund und einzelne Kantone, mehrere Kantone, mehrere Gemeinden) standardisier-

⁵⁰ Siehe dazu REMUND, Art. 25 BöB N 3.

⁵¹ Siehe dazu insbesondere FRÖHLICH-BLEULER, Rz 21 sowie BGE 137 II 313 (Microsoft Lizenz Beschaffungen Bund) und BVGer, Zwischenentscheid vom 18. Oktober 2021, B-3238/2021 (Cloud Beschaffungen Bund).

ter Leistungen eingesetzt. Durch die Ausschreibung eines potentiell höheren Leistungsvolumens wird die Position der Auftraggeber gestärkt und es können unter Umständen **bessere Konditionen** erreicht werden (insbesondere durch Mengenrabatte und Skaleneffekte). Dies gilt insbesondere dann, wenn die einzelnen Gemeinwesen Anbietern mit hoher Marktmacht gegenüberstehen, mit denen sie einzeln nicht auf Augenhöhe verhandeln könnten.

68 **Auch für die Anbieter können Rahmenverträge zu Rationalisierungseffekten** führen, weil sie damit einen grösseren Markt erschliessen können, nicht mit jedem Auftraggeber einzeln verhandeln müssen und Bestellabläufe vereinheitlichen und rationalisieren können. Dies kann aus Sicht der Anbieter die Einräumung besserer Konditionen rechtfertigen.

69 Bei Rahmenverträgen ohne Bezugspflicht besteht gegebenenfalls auch die **Möglichkeit, entsprechende Aufträge ausserhalb des Rahmenvertrags** – unter Einhaltung der anwendbaren beschaffungsrechtlichen Vorschriften – an Dritte zu vergeben. Dies gilt auch in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende MS EA. Die Träger von Bildungsinstitutionen, welche unter dem MS EA Leistungen beziehen könnten, sind ihrerseits nicht an den Rahmenvertrag gebunden. Es steht ihnen frei, mit Microsoft oder deren Resellern selbst parallele Rahmenverträge abzuschliessen.

4.2 Rahmenverträge als Element in unterschiedlichen Verfahrensarten

70 Die Vergabe von Rahmenverträgen stellt **keine eigene Verfahrensart** im Sinn von IVöB 2019 dar, sondern erfolgt – je nach den erreichten Schwellenwerten, Ausnahmetatbeständen etc. – im offenen oder selektiven Verfahren oder im Rahmen eines Einladungsverfahrens oder einer freihändigen Vergabe.⁵²

71 Rahmenverträge sind grundsätzlich als **vergaberechtspflichtige öffentliche Aufträge** zu qualifizieren, soweit es sich bei den vorgesehenen Einzelbestellungen um öffentliche Aufträge handeln würde.⁵³ Auch bei einer Beschaffung mit Rahmenverträgen ist somit zu prüfen, ob der öffentliche Auftrag in den Anwendungsbereich der

⁵² Siehe dazu auch BOTSCHAFT ZUR TOTALREVISION DES BÖB, S. 1936: „*Beim Abschluss eines Rahmenvertrags mit einer oder mehreren Anbieterinnen findet kein besonderes Verfahren Anwendung. Vielmehr beanspruchen die allgemeinen Verfahren auch für die Ausschreibung und den Abschluss eines Rahmenvertrags Geltung.*“ GEHRER CORDEY, S. 363f, Rz 39: „*Rahmenverträge sind als vergaberechtspflichtige öffentliche Aufträge zu qualifizieren, sofern dies auch für die Summe der vorgesehenen Einzelaufträge bei Einzelvergabe der Fall wäre. Rahmenverträge sind also wie jeder andere öffentliche Auftrag (bei gegebenen Voraussetzungen) auszuschreiben; dies ist allgemein anerkannt.*“

⁵³ Siehe dazu ROHNER/RIZVI, S. 37f; BOLLER, S. 530f; GEHRER CORDEY, S. 364.

IVöB fällt (vgl. dazu Rz 14ff). Der Auftragswert ermittelt sich anhand der maximalen Summe der unter dem Rahmenvertrag erfassten Leistungen.⁵⁴

72 In Bezug auf das MS EA ist davon auszugehen, dass die darunter in den nächsten Jahren von allen Bildungseinrichtungen abrufbaren Einzelbestellungen zusammen den Schwellenwert für eine öffentliche Ausschreibung ohne weiteres übersteigen und dass die standardisierten Lizenzen und IT-Services unter das GPA und damit die IVöB fallen. Dennoch wurden diese Leistungen durch Educa nicht öffentlich ausgeschrieben. Daraus folgt, dass das **MS EA, obwohl es vertragsrechtlich den Charakter eines Rahmenvertrages hat, keinen Rahmenvertrag im Sinn der IVöB 2019⁵⁵ darstellt.**

73 Ob die Bildungseinrichtungen ihrerseits **ohne öffentliche Ausschreibung Leistungen direkt unter dem MS EA abrufen** dürfen, hängt davon ab, ob die massgeblichen **Schwellenwerte** durch den Bezug gleichartiger Leistungen während der Laufzeit des MS EA insgesamt erreicht werden – die Antwort dürfte je nach dem Bedarf der einzelnen Bildungseinrichtungen unterschiedlich ausfallen. Zur Berechnung des Auftragswerts siehe Rz 18f.

74 Ein direkter Bezug von Leistungen unter dem MS EA ohne öffentliche Ausschreibung ist zudem möglich, wenn ein **Ausnahmetatbestand** für die konkrete Beschaffung vorliegt (siehe dazu im Einzelnen Rz 31ff).

4.3 Gemeinsame Vergaben und nachträglicher Beitritt von Leistungsbezügern

75 Auch auf der Seite der Leistungsbezüger können **mehrere Bedarfsstellen** vorgesehen werden.⁵⁶ Einerseits können mehrere Bedarfsstellen die gesamte Beschaffung gemeinsam durchführen. Andererseits können eine oder mehrere Vergabestellen beschaffen und in der Ausschreibung einen Bezug durch weitere Leistungsbezügerinnen vorbehalten. Diejenigen öffentlichen Auftraggeberinnen, welche Einzelverträge

⁵⁴ Siehe dazu ROHNER/RIZVI, S. 38; BOLLER, S. 531.

⁵⁵ Dasselbe gilt auch in Bezug auf die IVöB 2001, obwohl diese Rahmenverträge nicht explizit regelt, da auch unter der IVöB 2001 die Voraussetzungen an Vergaben oberhalb des Schwellenwerts eingehalten werden müssen.

⁵⁶ Siehe dazu BOLLER, S. 533; GEHRER CORDEY, S. 356.

auf der Grundlage eines entsprechenden Rahmenvertrages abschliessen oder Bestellungen tätigen dürfen, müssen aber ohne weiteres und eindeutig identifiziert werden können.⁵⁷

- 76 Ein **nachträglicher Beitritt** von Leistungsbezüglerinnen zu einem bestehenden Rahmenvertrag ist nur dann möglich, wenn dieser bereits von Anfang an in der Ausschreibung erwähnt wurde – sei es durch namentliche Aufzählung oder durch eine eindeutige Definition (z.B. ‚alle Gemeinden des Kantons XY‘).⁵⁸

4.4 Umfang und Bezugsmenge

- 77 In der Literatur wird in Anlehnung an die Praxis des EuGH zu den EU-Richtlinien⁵⁹ mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass Rahmenverträge nicht nur die Leistungen inhaltlich bestimmen, sondern auch eine **maximale Bestellmenge** enthalten müssen⁶⁰, die sich in der Zuschlagssumme reflektiert. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich zwar in einem Zwischenentscheid ebenfalls dahingehend geäußert.⁶¹ Dort war die Frage jedoch nicht entscheidend für den Fall, weshalb uns die Weiterentwicklung

⁵⁷ Siehe SCHERLER/SCHNEIDER HEUSI, S. 326 (Rz 76). BEYELER, Rahmenvertrag, S. 357ff, 368: „Dass Art. 25 Abs. 1 BöB 2019/IVöB 2019 nur von einer Auftraggeberin spricht, verhindert umgekehrt nicht, dass mehrere Auftraggeberinnen gemeinsam einen Rahmenvertrag oder mehrere Rahmenverträge ausschreiben (vgl. Art. 5 BöB 2019/IVöB 2019) bzw. dass in einer Rahmenvertragsausschreibung der spätere Beitritt oder Rahmenvertragsabschluss weiterer Auftraggeberinnen ausdrücklich vorbehalten wird.“

⁵⁸ Siehe dazu auch GEHRER CORDEY, S. 356, Rz 14: „... Anzumerken bleibt in dieser Hinsicht einzig, dass der Kreis der Auftraggeberinnen, welche berechtigt sind, Leistungen unter einem Rahmenvertrag zu beanspruchen, bereits von Anfang an genannt oder zumindest bestimmbar sein muss.“

⁵⁹ Siehe dazu insbesondere den Entscheid des EuGH vom 19. Dezember 2018 in der Rechtssache C-216/17 (Antitrust und Coopservice) und dessen Besprechung bei BEYELER, Rahmenvertrag, S. 356ff.

⁶⁰ Siehe dazu REMUND, Art. 25 BöB N 7: „... Der maximale Leistungsumfang ist nur ‚gegebenenfalls‘ festzulegen. Basierend auf dem Transparenzgrundsatz (BöB/IVöB 2 Bst. b) und in Verbindung mit BöB/IVöB 25 Abs. 2 ist aber davon auszugehen, dass gerade dieser maximale Leistungsumfang regelmässig bereits mit der Publikation der Ausschreibung bekannt zu geben ist.“. Noch pointierter äussert sich BEYELER, Rahmenvertrag, S. 358ff: „Aus diesen Grundsätzen folgt gemäss ständiger Rechtsprechung namentlich, dass die Vergabestellen im Vergabeverfahren ‚alle Bedingungen und Modalitäten‘ des Verfahrens und des Beschaffungsvorhabens bekanntzugeben haben. Wäre es zulässig, Rahmenverträge ohne verbindliche Maximalmengen zu vergeben, bedeutete dies nach dem EuGH eine Beeinträchtigung des Transparenzgrundsatzes, weil die gestützt auf einen Rahmenvertrag erteilten Einzelleistungsaufträge entsprechend der Einfachheit des Rahmenvertrags-Bezugsverfahrens (im Gegensatz zur Vergabe des Rahmenvertrags selbst) nicht publiziert werden müssen (Art. 35 Abs. 4 UAbs. 2 RL 2004/18)“.

⁶¹ BVGer, Zwischenentscheid B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021, E. 5.4.3: „Um der Wettbewerbszielsetzung gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBöB gerecht zu werden, ist eine Höchstbezugsmenge festzulegen und die Vertragsdauer zu begrenzen. Das revidierte BöB sieht in Art. 25 Abs. 2 diesbezüglich ausdrücklich vor, dass die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens fünf Jahre beträgt und eine automatische Verlängerung nicht möglich ist. Nur in begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden. Rechtsvergleichend ist insoweit auch Art. 33 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 65) zu berücksichtigen.“

einer differenzierenden Praxis dazu nicht von vornherein als ausgeschlossen erscheint.

78 Wie sind für konkrete Bezüge einzelner Schulen und kantonaler Bildungsdirektionen unter dem MS EA die Vergabesummen (Auftragswerte) im Hinblick auf die Schwellenwerte zu berechnen (insbesondere, wenn mehrere Schulen desselben Trägers Lizenzen und Services beziehen)? Zu dieser Frage scheint es bisher an spezifischer Literatur und Judikatur zu fehlen. Fest steht allerdings, dass ein Auftrag oberhalb der Schwellenwerte **nicht ohne sachliche Gründe in mehrere unterschwellige Einzelaufträge zerstückelt**⁶² werden darf, um ein Einladungs- oder Ausschreibungsverfahren zu vermeiden.⁶³

79 Aus unserer Sicht ist darauf abzustellen, **wie die betreffende Trägerschaft bisher beschafft hat und ob bzw. wie sie ihre übrigen Beschaffungen koordiniert**. In diesem Zusammenhang sind auch allfällige Organisationsregelungen und Weisungen der Kantone und Gemeinden zu berücksichtigen, welche den Bildungseinrichtungen Autonomie bei ihren Beschaffungen geben oder umgekehrt zu Koordination oder Zentralisierung bei Beschaffungen verpflichten. Falls es einen zentralen Einkauf für mehrere oder alle Schulen – oder übergreifend auch für die Bildungsdirektion – gibt, so sind unseres Erachtens auch die Microsoft Lizenzen und Services entsprechend zu beschaffen und im Hinblick auf die Vergabesummen zusammenzurechnen (Additionspflicht). Erfolgen die Beschaffungen hingegen generell autonom durch die einzelnen Schulen, bzw. separat für die Bildungsdirektion, so müssen diese unseres Erachtens nicht institutionsübergreifend zusammengerechnet werden.

4.5 Dauer des Leistungsbezuges

80 Zunächst hält Art. 25 Abs. 3 IVöB 2019 fest, dass Rahmenverträge **grundsätzlich nicht für eine längere Zeit als für 5 Jahre** abgeschlossen werden sollen. Dabei geht es darum, die entsprechenden Leistungen nicht für eine übermässig lange Zeit dem Markt zu entziehen. Aus Gründen des Investitionsschutzes (etwa Leistungen für die

⁶² Siehe dazu auch Rz 23. Die Missbräuchlichkeit einer Zerstückelung setzt keine subjektive Umgehungsabsicht voraus, sondern kann sich direkt aus den objektiven Umständen ergeben. Siehe DIEBOLD/DIEM, Rz 27.

⁶³ Siehe dazu generell FISCHER, Art. 15 BöB N 6, 9f und 24; DIEBOLD/DIEM, Rz 38, 44f und 160 sowie MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVöB 2019, S. 51, wonach Leistungen, zusammengerechnet werden müssen, „*welche vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht unabhängig voneinander beschafft werden, insbesondere, wenn sie demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist.*“ Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn unterschiedliche Teilaufträge letztlich dem gleichen Vorhaben dienen.

Entwicklung eines komplexen IT-Systems) kann die Grenze von 5 Jahren ausnahmsweise überschritten werden.

81 **Unseres Erachtens dürfen Rahmenverträge über den Bezug von Standardlizenzen und Standard IT-Services jedoch nicht für eine längere Dauer als 5 Jahre abgeschlossen werden**, da hier – anders als bei Individualentwicklungen komplexer Systeme – kaum besondere Gründe ersichtlich sind, diese erst später wieder neu auszuschreiben.

82 Unter einem Rahmenvertrag können grundsätzlich bis zu dessen Beendigung Einzelabrufe getätigt werden bzw. Einzelverträge abgeschlossen werden. Im Bereich von Lizenzen und standardisierten IT-Services haben die Einzelabrufe selbst jeweils eine bestimmte Laufdauer (z.B. ein oder mehrere Lizenz- oder Servicejahre). Es fragt sich daher, **wie lange solche Einzelverträge über den zeitlichen Rahmen des Rahmenvertrages hinaus dauern dürfen**. Gemäss der MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVÖB 2019 darf durch die Einzelverträge die Dauer des Rahmenvertrages nur massvoll überschritten werden.⁶⁴

4.6 Rechtsschutz

83 Bei der Revision des Beschaffungsrechts war die Frage eines Rechtsschutzes für Einzelabrufe bzw. die Vergabe von Einzelverträgen unter einem Rahmenvertrag umstritten. Art. 53 Abs. 6 IVÖB 2019 hält nun ausdrücklich fest, dass eine Beschwerde gegen den Abschluss von Einzelverträgen sowohl bei Rahmenverträgen mit einem Anbieter als auch bei Rahmenverträgen mit mehreren Anbietern ausgeschlossen ist. **Die Tragweite dieses Ausschlusses bleibt allerdings kontrovers**. Gemäss der MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVÖB 2019 findet beim Abschluss eines Einzelvertrages gar kein erneuter Zuschlag statt. Das Vergabeverfahren sei mit dem rechtskräftigen Zuschlag des Rahmenvertrags oder der Rahmenverträge abgeschlossen, weshalb es an einem entsprechenden Anfechtungsobjekt fehlt.⁶⁵ Diese absolute Betrachtungsweise scheint uns allerdings nicht in allen Fällen überzeugend. Jedenfalls besteht

⁶⁴ Siehe dazu MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVÖB 2019, S. 64: „Im Weiteren verlängert sich der Rahmenvertrag um die Dauer von Einzelverträgen, die während der Geltung des Rahmenvertrags geschlossen wurden. Allerdings ist beim Abschluss solcher Einzelverträge darauf zu achten, dass die fünfjährige Maximaldauer nicht bzw. nur in Ausnahmefällen und massvoll überschritten wird.“ Siehe dazu auch GEHRER CORDEY, S. 362 (Rz 33).

⁶⁵ MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVÖB, S. 64. Siehe dazu auch BEYELER, Geltungsanspruch, Rz 2930; differenzierend GEHRER CORDEY, S. 379ff; ROHNER/RIZVI, S. 40f.

keine vergaberechtliche Grundlage für einen Abruf (Einzelvertrag), wenn unter Berufung auf einen konkreten Rahmenvertrag andere Leistungen bestellt werden als seinerzeit ausgeschrieben worden sind.⁶⁶ Solche Vergaben wären unseres Erachtens gleich zu behandeln wie freihändige oder de-facto-Vergaben.⁶⁷

5. Mögliche Formen für gemeinsame Beschaffungen

84 Auch wenn ein konkreter Bedarf einer Bildungseinrichtung nicht ohne Ausschreibung über das MS EA gedeckt werden kann, weil die Schwellenwerte überschritten werden und kein Ausnahmetatbestand vorliegt, so schliesst dies die Koordination mehrerer Bildungseinrichtungen bei der Beschaffung entsprechender Lizenzen und IT-Services nicht aus. Vielmehr können sich mehrere Bildungseinrichtungen für die Ausschreibung eines eigenen Rahmenvertrages in unterschiedlichen Formen miteinander koordinieren – insbesondere gemeinsame Ausschreibungen oder offene Ausschreibungen, bei welchen einzelne Gemeinwesen auch noch nachträglich beitreten können etc. (siehe dazu auch Rz 75f). Im Rahmen des vorliegenden Kurzgutachtens geht es darum, ob und wie Leistungen unter dem MS EA bezogen werden können. Wie ein Bedarf ausserhalb des MS EA gedeckt werden kann bzw. wie vergaberechtlich bei gemeinsamen Beschaffungen vorzugehen ist, würde seinen Rahmen sprengen. Diesbezüglich kann auf die Praxisstudie von PFÄNDLER/KOCH verwiesen werden, welche die unterschiedlichen Formen gemeinsamer Beschaffungen sowie deren Vor- und Nachteile anhand von Praxisbeispielen erläutert. Siehe zudem die Studie von KOCH zur Frage, wie Bildungsinstitutionen unter Berücksichtigung der heute geltenden Vorgaben zur Nachhaltigkeit Lizenzen und IT-Services beschaffen können.

6. Bezug von Lizenzen und Services unter dem MS EA

85 Der Bezug von Lizenzen/Services unter dem MS EA stellt unabhängig vom Auftragswert einen **öffentlichen Auftrag** dar, d.h. die allgemeinen Vorgaben des öffentlichen

⁶⁶ Siehe dazu auch REMUND, Art. 25 BÖB N 22: „...U.a. aufgrund der dargelegten grossen Flexibilität der Vergabestellen in der Ausgestaltung des Abrufverfahrens ist aber darauf hinzuweisen, dass – sollten im tatsächlichen Abruf die grundsätzlichen Bedingungen der durchgeführten Ausschreibung verletzt resp. geändert werden – eine verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit dieses Umstands nicht vollends auszuschliessen ist.“ Auch das Bundesverwaltungsgericht scheint im Zwischenentscheid vom 18. Oktober 2021 im Beschwerdeverfahren B-3238/2021, E. 5.5.4, einen Rechtsschutz gegen die Vergabe von Einzelverträgen trotz Art. 53 Abs. 6 IVöB 2019 nicht in allen möglichen Konstellationen auszuschliessen.

⁶⁷ Siehe dazu auch GEHRER CORDEY, S. 378 (Rz 89): „... Der Vertragsinhalt muss vom Zuschlag gedeckt sein und bleiben, ansonsten der Vertrag vergaberechtswidrig wird.“

Beschaffungsrechts (insbesondere die IVöB und deren Ziele und Verfahrensgrundsätze) sind dabei stets zu beachten.

- 86 Unseres Erachtens bildet das **MS EA zwar eine vertragsrechtliche, nicht aber eine vergaberechtliche Grundlage** für den Bezug der entsprechenden Leistungen. Die einzelnen Bildungseinrichtungen bzw. ihre Trägerschaften (z.B. Kantone, Gemeinden) sind beim Bezug entsprechender Leistungen unter dem MS EA an die Anforderungen des (kantonalen) Vergaberechts gebunden. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- 87 Wenn Bildungsinstitutionen **Lizenzen/Services von weniger als CHF 150'000⁶⁸** (zuzügl. MWSt) beziehen wollen, so können sie diese zu den Bedingungen des MS EA im Rahmen einer freihändigen Vergabe abrufen. Auch wenn das MS EA unterschiedliche Lizenzen und Services umfasst, so stellen diese nach unserem Verständnis gleichartige Leistungen dar, welche im Hinblick auf die Schwellenwerte zusammengerechnet werden müssen (siehe Berechnung des Auftragswerts Rz 22).
- 88 **Erreichen die entsprechenden Lizenzen/Services CHF 150'000⁶⁹**, so müssen die Bildungseinrichtungen ein Einladungsverfahren durchführen, in welches mindestens drei Anbieter einbezogen werden müssen. Ob in einem Einladungsverfahren unabhängig von den Voraussetzungen einer produktspezifischen Beschaffung Produktvorgaben (z.B. Beschränkung auf Microsoft-Lizenzen und Services) gemacht und nur Reseller der entsprechenden Produkte eingeladen werden dürfen, ist allerdings nicht unumstritten (siehe dazu Rz 61ff).
- 89 **Erreichen die Leistungen CHF 250'000** (zuzügl. MWSt), so ist eine offene oder selektive Ausschreibung durchzuführen. Dabei sind auch Alternativen zu den entsprechenden Softwares/Services von Microsoft zuzulassen (z.B. Wartungs- und Supportleistungen für entsprechende Open Source Produkte), wenn die Voraussetzungen einer produktspezifischen Ausschreibung nicht erfüllt sind. Entsprechende Ausschreibungen können auch für den Bedarf mehrerer Bildungseinrichtungen gemeinsam erfolgen.
- 90 Ein **freihändiger Bezug oder eine Ergänzung entsprechender Lizenzen/Services** unter dem MS EA könnte in Ausnahmefällen unabhängig vom Auftragswert gestützt

⁶⁸ Für Kantone, in denen die IVöB 2001 gilt, beträgt der Schwellenwert für Lieferaufträge (Lizenzbeschaffungen) im Jahr 2024 CHF 100'000.

⁶⁹ Für Kantone, in denen die IVöB 2001 gilt, beträgt der Schwellenwert für Lieferaufträge im Jahr 2024 CHF 100'000.

auf Art. 21 IVöB 2019 möglich sein, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

D. Ergebnisse/Beantwortung der Fragen

1. Welche vergaberechtlichen Aspekte sind durch die Schulen (bzw. deren Träger) und Bildungsdirektionen zu berücksichtigen, damit sie auf Grundlage eines neuen MS EA vergaberechtlich konform Microsoft-Lizenzen beschaffen können?

Unseres Erachtens bildet das MS EA zwar eine vertragsrechtliche, nicht aber eine vergaberechtliche Grundlage für den Bezug der entsprechenden Leistungen. Die einzelnen Bildungseinrichtungen bzw. ihre Trägerschaften (z.B. Kantone, Gemeinden) sind beim Bezug entsprechender Leistungen unter diesen Rahmenverträgen an die Anforderungen des (kantonalen) Vergaberechts gebunden. Die einzelnen Bildungseinrichtungen müssen ihren Bedarf trotz des MS EA – alleine oder gemeinsam mit anderen Bildungseinrichtungen (siehe dazu Rz 75) – öffentlich ausschreiben, wenn die entsprechenden Schwellenwerte für die geplanten Beschaffungen überschritten werden und kein Ausnahmetatbestand vorliegt (siehe dazu auch Rz 72ff).

2. Sofern die vergaberechtlichen Schwellenwerte nicht überschritten werden: Unter welchen Voraussetzungen können die Schulen (bzw. deren Träger) und kantonalen Bildungsdirektionen direkt Lizenzen/Services unter dem MS EA beziehen? Wie müssen sie dabei vorgehen?

Eine Bildungsinstitution muss, bevor sie Leistungen unter dem MS EA bezieht, zunächst ihren voraussichtlichen künftigen Bedarf abklären und den Auftragswert schätzen. Liegt der Wert unter dem Schwellenwert von CHF 150'000⁷⁰ (zuzügl. MWSt), so können die Lizenzen und Services direkt unter dem MS EA bestellt werden. Es ist allerdings zu beachten, dass ein geplanter, zeitlich und sachlich zusammenhängender Bezug nicht einfach im Sinn einer 'Salamitaktik' gestückelt werden darf, um jeweils den Schwellenwert nicht zu überschreiten und freihändig beschaffen zu können. Gemäss dem heute geltenden MS EA muss die betreffende Bildungsinstitution überdies eine Beitrittserklärung zum MS EA unterzeichnen und bei Microsoft einreichen. Wir gehen davon aus, dass dieser Mechanismus auch unter dem neuen MS EA beibehalten wird.

⁷⁰ Bzw. CHF 100'000 für reine Lizenzbeschaffungen in Kantonen, in welchen noch die IVöB 2001 gilt.

3. Sofern die vergaberechtlichen Schwellenwerte überschritten werden: Unter welchen Voraussetzungen können die Schulen (bzw. deren Träger) und kantonalen Bildungsdirektionen direkt Lizenzen/Services unter dem MS EA beziehen? Wie müssen sie dabei vorgehen?

Sofern die entsprechenden Schwellenwerte überschritten werden, können die Leistungen unter dem MS EA nur dann direkt bezogen werden, wenn ein Ausnahmetatbestand für eine freihändige Vergabe vorliegt (siehe dazu im Einzelnen Rz 29ff). In allen anderen Fällen müssen die Bildungseinrichtungen bzw. ihre Träger entsprechend dem voraussichtlichen Wert der Beschaffung ein Einladungsverfahren oder eine öffentliche Ausschreibung durchführen. Sie können dies alleine oder gemeinsam mit anderen Bildungseinrichtungen tun, welche gleichartige Beschaffungsbedürfnisse haben. Ein auf Microsoft-Produkte beschränktes Vergabeverfahren ist zulässig, wenn die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe analog erfüllt sind (siehe dazu Rz 57ff).

4. Wie sind für konkrete Bezüge einzelner Schulen und kantonaler Bildungsdirektionen die Vergabesummen (Auftragswerte) im Hinblick auf die Schwellenwerte zu berechnen (insbesondere, wenn mehrere Schulen desselben Trägers Lizenzen und Services beziehen)?

Aus unserer Sicht ist darauf abzustellen, wie die betreffende Trägerschaft bisher beschafft hat und wie bzw. ob sie ihre übrigen Beschaffungen koordiniert. In diesem Zusammenhang sind auch allfällige Vorgaben und Weisungen der Kantone und Gemeinden zu berücksichtigen, welche den Bildungseinrichtungen Autonomie bei ihren Beschaffungen geben oder umgekehrt zu Koordination oder Zentralisierung bei Beschaffungen verpflichten. Falls es einen zentralen Einkauf für mehrere oder alle Schulen – oder übergreifend auch für die Bildungsdirektion – gibt, so sind unseres Erachtens auch die Microsoft Lizenzen und Services entsprechend zu beschaffen und im Hinblick auf die Vergabesummen zusammenzurechnen. Erfolgen die Beschaffungen hingegen generell autonom durch die einzelnen Schulen bzw. separat für die Bildungsdirektion, so müssen diese nicht institutionsübergreifend zusammengerechnet werden.

E Literatur- und Abkürzungsverzeichnis

1. Literatur und Materialien

- AESCHBACHER RUTH/KREBS REBEKKA, Kommentar zu Art. 21 in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, S. 292-304
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012 (zit. BEYELER, Geltungsanspruch)
- BEYELER MARTIN, Der vergaberechtliche Rahmen des Rahmenvertrages; Vergaberecht zwischen Flexibilität und Wettbewerb, in: Epiney Astrid/Zlatescu Petru Emanuel (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, Bern/Zürich, S. 345-372 (zit. BEYELER, Rahmenvertrag)
- BEYELER MARTIN, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, Zürich 2022 (zit. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021)
- BEYELER MARTIN, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zürich 2020 (zit. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019)
- BOLLER MARCEL, Das Instrument des Rahmenvertrags im Submissionsrecht, ZBI 118/2017, S. 527-544
- BOTSCHAFT ZUR Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.02.2017, BBl 2016, S. 1851ff (zit. BOTSCHAFT ZUR TOTALREVISION DES BÖB)
- DIEBOLD NICOLAS/DIEM LEANDRA, Zerstückelungsverbot und Additionspflicht, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2022, Zürich 2022, S. 195-267
- FISCHER THOMAS, Kommentar zu Art. 15 BÖB in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, S. 249-257
- FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Die Vergabe von IT-Verträgen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich 2016, S. 269-301
- GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes, der Kantone und der Europäischen Union, 3. Aufl., Zürich 2013
- GEHRER CORDEY CAROLE, Rahmenverträge, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2020, Zürich 2020, S. 351-386
- JAQUIER MANUEL, Le gré à gré exceptionnel pour des raisons techniques: oui, mais à la condition d'avoir un besoin objectif, BR/DC 1/2021, S. 14ff

- KOCH RIKA (unter Mitarbeit von Lara Biehl), Öffentliche Beschaffungen im Bildungssektor, Studie im Auftrag der Fachagentur Educa zur Verortung der (IKT-) Beschaffungen von Schulen nach dem revidierten öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern, 21. Februar 2023
- MEYER CHRISTOPH, Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht, AJP 2005, S. 716ff
- MÜLLER THOMAS P., Kommentar zu Art. 8 BöB, in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, S. 134-162
- MUSTERBOTSCHAFT zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (zit. MUSTERBOTSCHAFT ZUR IVÖB 2019)
- OECHSLIN BARBARA/LOCHER THOMAS, Kommentar zu Art. 30 BöB, in: Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, S. 384-401
- PFÄNDLER STEFANIE/KOCH RIKA, 'Gemeinsam beschaffen – gemeinsam digitalisieren'; Innovative Beschaffungsmodelle im Bereich Digitalisierung und darüber hinaus, Praxisstudie der Berner Fachhochschule in Partnerschaft mit OneGov.ch, Bern, 23.11.2023
- REMUND MICHÈLE, Kommentar zu Art. 25 BöB in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, S. 342-351
- ROHNER BEATRICE/RIZVI SALIM, Rahmenvereinbarungen im öffentlichen Beschaffungsrecht, SZW 2015, S. 36-41
- SCHERLER STEFAN, Kettenverträge in der IT. Die Source-Codes als Quellen des Problems? BR/DC 1/2018, S. 38ff
- SCHERLER STEFAN/SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Dienstleistungen – neue Wege zur Beschaffung? – Verfahren, Instrumente und einzelne Spielräume, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2022, Zürich 2022, S. 299-232
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA/MAZZARIELLO LAURA, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, Jusletter vom 23. Mai 2011
- TRÜEB HANS RUDOLF, Kommentar zu Art. 2, in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, S. 29-44
- TRÜEB HANS RUDOLF/CLAUSEN NATHALIE, Kommentar zum BöB, in: Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht II, Zürich 2021, S. 313-578
- WOLF ROBERT, Freihändige Beschaffung: Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 127-148

2. Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Begriff
ABI	Amtsblatt der EU
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen (Zeitschrift)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
aVöB	Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 712.056.11, in Kraft bis 1. Januar 2021
BAöB	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesen vom 21. Juni 1999, SR 0.172.052.68
BBi	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheid)
BGer	Bundesgericht
BöB 2019	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1
BR/DC	Baurecht/Droit de la Construction (Zeitschrift)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
E.	Erwägung
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn	Fussnote
GPA 1994	Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, abgeschlossen in Marrakesch am 15. April 1994, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996, SR 0.632.231.422
GPA 2012	Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen gemäss Ziff. 1 des Prot. vom 30. März 2012, in Kraft für die Schweiz seit 1. Jan. 2021, SR 0.632.231.422
Hrsg.	Herausgeber
IKT	Informations- und Kommunikationstechnologie
IT	Informationstechnologie
i.V.m.	In Verbindung mit

IVöB 2001	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001
IVöB 2019	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019
lit.	litera (Buchstabe)
LSP	Licensing Solution Partners
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MS EA	Microsoft Enterprise Agreement
N	Note
Prot.	Protokoll
Rz	Randziffer
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz des Bundes vom 21. März 1997, SR 172.010
S.	Seite(n)
SaaS	Software as a Service
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
u.a.	Unter anderem
UAbs	Unterabsatz
VGer	Verwaltungsgericht
WTO	Welthandelsorganisation
ZBI	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert