



Vergabetagung vom 19. Juni 2026

Exklusiv- und Folgefreihandvergaben, insbesondere in der ICT

Gedanken zur Anwendung von Art. 21 Abs. 2
Bst. c und e BöB/IVöB



Worum geht es?

Art. 21 Abs. 2 Bst. c und e BÖB/IVöB regeln «**Abhängigkeitsvergaben**»:

Art. 21 Freihändiges Verfahren

² Der Auftraggeber kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- c aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative; **[Exklusiv-Freihandvergabe, EFV]**
- e 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; **[Folgefrehandvergabe, FFV]**

In der Praxis sind auch EFV an den bisherigen Anbieter häufig (**Exklusiv-Folge-Freihandvergabe, EFFV**).



Fragen aus der Praxis

- Welches **Mass der Abhängigkeit** rechtfertigt eine Abhängigkeitsvergabe?
- Welche **Alleinstellungsmerkmale** rechtfertigen eine Abhängigkeitsvergabe?
- Ist die **Mitverantwortung des Auftraggebers** für die Abhängigkeit relevant?
- Was ist eine «**angemessene Alternative**» zu einer EFV?
- Welches Mass an **Mehrkosten und Schwierigkeiten** rechtfertigt eine FFV?
- Gibt es **gesetzlich nicht kodifizierte Einschränkungen** von Abhängigkeitsvergaben?
 - Z.B: Darf der Folgeauftrag der FFV grösser sein als der Grundauftrag?
 - In welchem Verfahren muss der Grundauftrag vergeben worden sein?



Abhängigkeitsvergaben dominieren ICT-Vergaben

- **Abhängigkeitsvergaben über alle Auftragsarten: ca. 550 Mio. CHF p.a.**
 - **75% des Werts aller Freihandvergaben auf simap.ch**
 - 50% der Anzahl aller Freihandvergaben auf simap.ch
- Im ICT-Bereich:
 - 29% der Freihandvergaben auf simap.ch sind ICT-Vergaben
 - **70 % der Anzahl / 80 % des Werts aller IT-Freihandvergaben sind Abhängigkeitsvergaben**
- Knapp die Hälfte aller ICT-Zuschläge auf simap.ch erfolgt freihändig
- Vgl. Gesamtmarkt: Freihandanteil aller Sparten nur ca. 20 %

Quelle: potenziell fehleranfällige KI-Analyse des Vortragenden von Vergabedaten aus simap.ch von BFH / intelliprocure.ch



Meine These

Eine Abhängigkeitsvergabe ist jedenfalls dann zulässig, wenn der Auftraggeber zeigen kann, dass der ins Auge gefasste Anbieter eine Ausschreibung gewinnen würde.

- Ziel: Pro-forma-Ausschreibungen vermeiden, bei denen es nur Verlierer gibt
- Die Mitverantwortung des Auftraggebers für die Abhängigkeit ist grundsätzlich irrelevant



Historischer / europäischer Kontext

- EFV-/FFV-Regeln finden sich schon in sehr alten Vergabevorschriften (rechts: Kt. GR 1919)
- Bundesgericht: EU-Recht und -Praxis sind Auslegungsgrundlage für das Schweizer Recht, soweit dieses und das GPA europarechtlich geprägt sind (BGE 150 II 105 E. 3.4)
- EFV: Europarechtlich geprägt seit den 1970er-Vergaberichtlinien, über das GPA ins Schweizer Recht importiert
- FFV: EU-Recht seit 2014 (RL 2014/24) restriktiver
 - Befristung auf 3 Jahre, Pflicht zur Ankündigung im Grundauftrag
 - Die Schweiz hat diese Einschränkungen mit BöB/IVöB 2019 nicht übernommen und setzt nur das GPA um. Die EU-Praxis ab 2014 ist hierzulande daher beschränkt relevant.



Submissionsverordnung

Vom Großen Rat erlassen am 28. Mai 1919

Art. 3. Ohne Ausschreibungen können Arbeiten und Lieferungen vergeben werden:

- a) wenn der Vorschlag den Betrag von Fr. 2000.—, bei Erd-, Maurer-, Beton- und Zimmerarbeiten Fr. 5000.— nicht übersteigt;
- b) wenn es sich um Arbeiten handelt, deren Ausführung dringend ist;
- c) wenn die Ausführung besondere Befähigung erfordert oder durch Patentschutz beschränkt ist;
- d) wenn es sich um verhältnismäßig kleine Ergänzungen ausgeschriebener Arbeiten handelt.



Gegenüberstellung EFV / FFV

	EFV (Bst. c)	FFV (Bst. e)
Alleinstellungsmerkmal	Technisch, künstlerisch oder urheberrechtlich (GPA: eigentumsrechtlich)	Technisch («Schwierigkeiten») oder wirtschaftlich («Mehrkosten»)
Beurteilungsmassstab	Relativ zu Alternativen («keine angemessene Alternative»)	Absolut, ohne Bezug zu Alternativen («erheblich», «substanziell»)
Zuschlagsempfänger	Beliebiger Anbieter (EFV), oder Auftragnehmer eines Grundauftrags (EFFV)	Auftragnehmer eines Grundauftrags
Art der Leistung	Beliebige Leistung	Ersatz, Erweiterung oder Ergänzung des Grundauftrags

These: Diese historisch tradierte Unterscheidung macht keinen Sinn. Denn in der Sache geht es um dasselbe: Ab welchem Mass der Abhängigkeit bzw. ab wie hohen Mehrkosten der Ausschreibung überwiegen diese den Verlust an Wettbewerb durch Verzicht auf Ausschreibung?



Exklusiv-Freihand-Folgevergaben (EFFV) als Mischform

- Definition: Bisheriger Anbieter wird als einziger in Frage kommender geltend gemacht
- In der Praxis sehr häufig gemäss den Publikationen auf simap.ch
- Die Gerichtspraxis akzeptiert EFFV kommentarlos
 - Das ist nicht selbstverständlich, da man sich fragen könnte, ob auf eine Vergabe an einen bisherigen Lieferanten nur die EFV-Regeln anwendbar sein sollten
 - Konsequenz: Eine Freihandvergabe an den bisherigen Lieferanten kann als EFV, als FFV oder als Kombination von beidem begründet werden



Ausschliesslichkeitsgründe – Technische

«Technisch» ist weit auszulegen:

- Alle Anforderungen an Beschaffenheit, Eignung, Ausführung der Leistung
- Kategorien: qualitative, quantitative, anbieterbezogene Anforderungen; Risikoaspekte
- IT-Beispiel: Freihandvergabe von Microsoft-Lizenzbeschaffungen = Kombination aller Faktoren (Funktionalität + Migrationskosten + Personalverfügbarkeit)

Einschränkungen:

- Nur rechtmässige, sachlich begründete Anforderungen; keine «künstlichen» Einschränkungen auf einen einzigen Anbieter (explizit: Art. 21 Abs. 5 BöB)
- Nur absolute Alleinstellungsmerkmale (EuGH): einziger Anbieter, nicht bester



Ausschliesslichkeitsgründe – Weitere

Wirtschaftliche Aspekte:

- Bei FFV ausdrücklich vorgesehen («substanzielle Mehrkosten»)
- Bei EFV im Wortlaut nicht vorgesehen, aber (bundes)gerichtlich über die Definition der «Angemessenheit» von Alternativen eingeführt (u.a. BGE 137 II 313, BVGer «SAP»)

Geistiges Eigentum:

- Urheberrechte, Patente, Marken, Designs...
- Kein automatischer Freihandgrund: Intra-brand-Wettbewerb unter Resellern prüfen
- Achtung: Die GPA-Formulierung ist weitgehender («ausschliessliche Rechte», also z.B. auch Konzessionen, Monopole, Eigentumsrechte) und mindestens im Staatsvertragsbereich massgeblich

Künstlerisch: Im IT-Bereich kaum relevant

- Die restriktive Praxis lässt einen geringen Anwendungsbereich vermuten. Das künstlerische Renommee der beauftragten Person reicht nicht aus (VGer SG B 2008/70, E. 2.4.2)



Verantwortung des Auftraggebers – EuGH C-578/23

Sachverhalt: Tschechisches Finanzministerium lässt Steuerverwaltungssoftware entwickeln und vergibt den Wartungsauftrag freihändig an den Entwickler, weil das Ministerium sich die Urheberrechte nicht gesichert hat. Die Wettbewerbsbehörde ficht die Vergabe an, weil ein «hausgemachtes Lock-in» vorliege.

Urteil des EuGH 2025 (noch zu RL 2004/18):

- Der Auftraggeber muss «alles tun, was vernünftigerweise erwartet werden kann», um eine Abhängigkeit zu vermeiden. Ob das *in casu* der Fall war, wird offen gelassen.
- Die Berufung auf den Freihandgrund ist unzulässig, wenn die Ausschliesslichkeit dem Auftraggeber zurechenbar ist
- Die Beweislast liegt beim Auftraggeber



Bedeutung von C-578/23 im Schweizer Recht

Nach Manuel Jaquier: C-578/23 ist auch in der Schweiz relevant, mit Parallele zur Dringlichkeit.

Nach der hier vertretenen Meinung ist C-578/23 in der Schweiz unbeachtlich:

- Der CH-Gesetzgeber hat das Verbot der «künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter» aus dem neueren EU-Recht bewusst nicht übernommen
- Es gibt oft gute Gründe, auf Abhängigkeitseinschränkungsmaßnahmen zu verzichten: Kosten, Einschränkung des Markts, Risiko für die Erfüllung wichtigerer Staatsaufgaben
- Gewaltenteilung und Justiziabilität: Gericht kann Beschaffungsstrategie nicht umfassend beurteilen, darf das Ermessen der Vergabestellen nicht überprüfen
- Vergleich mit Dringlichkeit hinkt (Bst. d: «unvorhersehbar»; Bst. c/e: kein solcher Bezug)
- Konsequenz der neuen Rsp. sind pro-forma-Ausschreibungen – kontraproduktiv



Neu zum Thema: BGer 2C_285/2025 vom 24.03.2026

Sachverhalt: Die Steuerverwaltung TG vergab den Auftrag zur «Weiterentwicklung und Wartung der Steuerdeklarationslösung eFisc» als FFV an den Eigentümer der Rechte an der Software. Dagegen erhob ein Konkurrent erfolglos Beschwerde.

Erwägungen des Bundesgerichts:

- Das BGer habe sich zwar «noch nicht eingehend mit "Vendor Lock-in"-Konstellationen im Rahmen von freihändigen Vergaben befasst», aber hier gehe es um Anderes: darum, dass der Beschwerdeführer den Auftraggeber zwingen wolle, etwas anderes als das Beabsichtigte zu beschaffen, nämlich eine Neubeschaffung statt eine Weiterentwicklung (E. 1.1.3.1).
- Mit der Vorinstanz sei die FFV als zulässig zu beurteilen, weil nur die Zuschlagsempfängerin als Rechteinhaberin die Software anpassen könne. Eine Neubeschaffung stehe nicht zur Diskussion und stelle daher keine angemessene Alternative dar (E. 5.3.2).

Bemerkungen: Der gleich gelagerte C-578/23 und die Mitverantwortung des Auftraggebers werden nicht thematisiert – ein Hinweis darauf, dass auch das BGer dem EuGH nicht folgen will?



Beweislast und Beweisführung

Auftraggeber trägt Beweislast für Voraussetzungen der Freihandvergabe

- Klar seit BGE 150 II 105 (Aufgabe der «Microsoft»-Rsp.)
- Beweismittel: dokumentierte Marktanalyse
- Problem: Beweis eines Negativums («niemand anderer kommt in Frage»)?
- Lösung m.M.n.: Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers (BGE 133 V 205 E. 5.5): Er muss aufzeigen, dass er in Frage kommt; der Auftraggeber muss dies entkräften

Beschwerdelegitimation eingeschränkt (Art. 56 Abs. 4 BöB / Abs. 5 IVöB):

- Beschwerdeführer muss *nachweisen*, dass er die Leistung erbringen kann und will
- Irritierend: BVGer B-6972/2023 E. 2.2, 2.11 spricht auch neurechtlich von «Glaubhaftmachen»



EFV – Angemessene Alternativen

Bundesgericht: «Angemessen» = funktionell + wirtschaftlich angemessen

- Diese Kriterien aus BGE 137 II 313 «Microsoft» gelten weiterhin
- Funktionell: Massstab = dokumentierte Anforderungen des Auftraggebers
 - Daher: Abschliessende Anforderungsliste nötig (BGE 150 II 105)
- Wirtschaftlich: Die Alternative darf nicht teurer sein
 - Aber: Kosten des Anbieterwechsels werden nicht berücksichtigt (BGE 150 II 105)
 - → Problematisch, weil Wertungswiderspruch zur FFV

Prüfung ist binär – kein simuliertes Vergabeverfahren



EFV – Pflicht zur Marktanalyse

BGE 150 II 105: Auftraggeber muss aktiv nach Alternativen suchen

- Begründung: Legalitätsprinzip / Untersuchungsgrundsatz
- Gesetzliche Grundlage: Art. 14 Abs. 3 BöB/IVöB (Marktabklärung)

Vier Schritte (KAIO-Modell, Vorlage auf www.be.ch/beschaffungen):

- 1. Abschliessende, begründete Anforderungsliste aufstellen
- 2. Potenzielle Anbieter / Produkte identifizieren
- 3. Angemessenheit prüfen
- 4. Weiteres Vorgehen festlegen

Methode:

- Verschiedene Möglichkeiten
- Request for information (RFI) über simap.ch oft hilfreich
- Dokumentationspflicht



FFV – Anbieterwechsel und Mehrkosten

- **Variante 1: Wirtschaftlich nicht möglich** = subjektive Unmöglichkeit (unerschwinglich)
- **Variante 2: Technisch nicht möglich** (z.B. Inkompatibilität)
Kompatibilitätsanforderung grundsätzlich rechtmässig, aber Nachweis nötig
- **Variante 3 (Hauptvariante): «Erhebliche Schwierigkeiten oder substanzielle Mehrkosten»**
= unverhältnismässige Nachteile; m.M.n. Faustregel: ab ca. 25 % des Auftragswerts
- **Achtung: GPA und EU-Recht verknüpfen die Voraussetzungen mit «und» statt «oder»**
 - Die Voraussetzung 1 oder 2 muss danach kumulativ mit 3 erfüllt sein
 - M.M.n. und nach der Meinung des BöB/IVöB-Gesetzgebers ist das unlogisch:
Was unmöglich ist, kann nicht gleichzeitig (bloss) erschwert sein
 - Auch im Staatsvertragsbereich hat m.E. die CH-Formulierung Vorrang (Schubert-Praxis)



FFV – Verhältnis zum Grundauftrag

- Grundregel: Summe aller FFV \leq Grundauftrag (Umgehungsverbot, Art. 15 Abs. 2 BÖB/IVöB)
 - Aber m.E. Ausnahme bei sachlicher Begründung möglich (entgegen Botschaft)

These: Die Zulässigkeit ist das Produkt der wettbewerbsrelevanten Faktoren:

- Umfang der Folgeaufträge vs. Grundauftrag
 - Zeit seit Grundvergabe
 - Vergabeart des Grundauftrags (wettbewerblich?)
 - Höhe der Wechselkosten
 - Chancen von Konkurrenzangeboten
- **Je wahrscheinlicher pro-forma-Ausschreibung, desto eher FFV zulässig**



These: Pro-forma-Ausschreibungen vermeiden

Definition: Ausschreibung, bei der feststeht, dass nur ein Anbieter Chancen hat:

- Weil nur er die Anforderungen erfüllt (EFV)
- Weil die mit zu bewertenden Migrationskosten andere Angebote chancenlos machen (FFV)

Aufwand pro Ausschreibung (ICT):

- Auftraggeber: CHF 35'000–60'000; Anbieter: CHF 5'000–10'000 je Angebot
- Plus Opportunitätskosten durch gebundenes Personal

Drei Argumente gegen pro-forma-Ausschreibungen:

- 1. Unnötige Kosten für alle Beteiligten → fehlende (volks)wirtschaftliche Nachhaltigkeit
- 2. Reputationsschaden: Anbieter beteiligen sich auch an echten Ausschreibungen weniger
- 3. Risiko: Einziger Anbieter offeriert nicht → freihändige Vergabe trotzdem nötig

Konsequenz: Eine Abhängigkeitsvergabe ist m.M.n. jedenfalls dann zulässig, wenn der Auftraggeber aufzeigt, dass er damit eine pro-forma-Ausschreibung verhindert.



Ratschläge für ICT-Vergabestellen

1. Abhängigkeiten gehören zum ICT-Geschäft

- Anbieterwechsel oft nur alle 10–20 Jahre realistisch
- Beschaffungsstrategie darauf ausrichten
- Während dem Lebenszyklus Freihänder in Kauf nehmen (oder besser: Optionen vorsehen)

2. Lebenszyklusplanung bei der Erstvergabe

- Erstauftrag inkl. Optionen für Wartung, Weiterentwicklung, Transition
- Schwierig, wenn Erstauftrag unterschwellig

3. Governance statt unkontrolliertes Schlittern

- Gutes IT-Demand-, Change-, Portfoliomanagement verhindern schleichende Abhängigkeiten
- Zu vermeiden: Beschaffungs-Jekami ohne zentrale Steuerung («Professor X hat diese Software gekauft, installieren Sie sie!»)



Ratschläge für ICT-Vergabestellen

4. Anforderungsliste und Marktanalyse dokumentieren (BGE 150 II 105)

5. Massnahmen zur Abhängigkeitsreduktion:

- M.E. nicht vorgeschrieben, teils selbst risikobehaftet, aber dennoch zu prüfen, z.B.
 - Multi-Vendor-Strategie, Exit-Strategie
 - Open Source, offene Standards
 - AGB Digitale Verwaltung Schweiz als Vertragsgrundlage

6. Eigene ICT-Kompetenzen vorhalten:

- Anforderungen formulieren, Lieferanten steuern, Qualität prüfen
- Kleine Auftraggeber: Anschluss an grösseren ICT-Leistungserbringer prüfen



Kontakt

Thomas M. Fischer, Rechtsanwalt
stv. Amtsleiter, Vorsitzender der Kantonalen Beschaffungskonferenz
thomas.fischer@be.ch
+41 31 633 40 94
www.be.ch/beschaffungen

Der Vortragende vertritt seine persönliche Meinung.