

Die Folgen der Unterlassung eines Rechtserwerbs

Der Kanton Wallis kann die durch den Kanton Freiburg betriebene Baubewilligungs-Software «FRIAC» nicht gestützt auf das Instate-Privileg erwerben, weil der Kanton Freiburg die Immaterialgüterrechte an diesem für ihn entwickelten Programm nur teilweise erworben und im Übrigen dem Privatunternehmen gelassen hat, das den Entwicklungsauftrag erhalten hatte. Ebenso wenig hätte der Kanton Wallis die Software freihändig bei diesem Unternehmen beschaffen dürfen, weil taugliche Alternativprodukte vorhanden waren. In casu kann das KGer VS jedoch angesichts der fortgeschrittenen Vertragserfüllung nur mehr die Rechtswidrigkeit der Vergabe feststellen.

Le canton du Valais ne peut pas acquérir l'application du canton de Fribourg de gestion des demandes de permis de construire «FRIAC» sur la base d'une adjudication «in-state»: le canton de Fribourg n'a acquis qu'une partie des droits de propriété intellectuelle sur ce programme; l'entreprise privée qui avait obtenu le marché pour développer cette application demeure titulaire de certains de ces droits. En outre, le canton du Valais n'aurait pas dû acquérir ce programme de gré à gré auprès de l'entreprise privée, puisqu'il existe des produits alternatifs adéquats. Malgré cela au vu de l'avancement de l'exécution du contrat, le Tribunal cantonal valaisan ne peut plus que constater l'illicéité de l'adjudication.

Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 9. November 2021 (A1 21 142)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(2) 1. Im Rahmen seiner Bestrebungen zur Digitalisierung der Verwaltung vergab der Kanton Wallis der Y. AG am 25.11.2020 freihändig einen Auftrag betreffend die Beschaffung der Software «FRIAC», mit welcher Baubewilligungsverfahren elektronisch durchgeführt werden können, sowie

bestimmte Arbeiten zur Anpassung von «FRIAC» an seine spezifischen Anforderungen. Die genannte Software war im Auftrag des Kantons Freiburg durch die Y. AG auf der Basissoftware «CAMAC» entwickelt worden. Diese Basissoftware gehört jenen Kantonen, die der entsprechenden interkantonalen Gemeinschaft beitreten, um die Software für sich zu verwenden (vgl. www.camac.ch). An neun von insgesamt einundzwanzig Modulen der Weiterentwicklung «FRIAC» jedoch besitzt die Y. AG ausschliessliche Rechte (währenddem der Kanton Freiburg die Rechte an den übrigen Modulen erworben hat). Bei den Anpassungsarbeiten ging es ers-

tens um die Modifikation von Schnittstellen, über welche die Software mit bereits bestehenden kommunalen Baubewilligungssoftwares interagieren sollte, zweitens um die Migration von Daten aus bestehenden kantonalen Systemen in die neue Umgebung und drittens um die Gewährleistung der Kompatibilität der angepassten Software mit dem weiterentwickelten «CAMAC»-Kern («CAMAC V6»), zumal «FRIAC» auf «CAMAC V5» konstruiert worden war. Der Wert dieser Arbeiten betrug rund CHF 1,5 Mio.

2. Der Kanton Wallis begründete die Wahl des Freihandverfahrens hauptsächlich damit, dass «FRIAC», abgesehen von den nachgeordneten Anpassungen, die ebenfalls zum Auftragsgegenstand gehörten, exakt seinen Bedürfnissen entspreche und dass es ausser der Y. AG kein Unternehmen gebe, welches das Recht habe, diese Software (bzw. die Gesamtheit der Module) zu verkaufen und Anpassungen unter anderem auch an jenen neun Modulen vorzunehmen, an denen die Y. AG exklusive Rechte hatte. Zudem hätte er, so der Kanton, «FRIAC» auch gestützt auf das Instate-Privileg vergaberechtsfrei beim Kanton Freiburg beschaffen können.

3. Die X. AG erkundigte sich am 9.6.2021 beim Kanton Wallis betreffend die Beschaffung einer Baubewilligungssoftware. Am 17.6.2021 informierte der Kanton sie darüber, dass der Vertrag bereits im November des Vorjahres vergeben worden war. Am 2.7.2021 publizierte der Kanton sodann eine förmliche Zuschlagsverfügung.

4. Die X. AG focht diese Freihandvergabe vor dem KGer VS an. Sie machte insbesondere geltend, dass der modulare Aufbau von «FRIAC» es ihr ohne Weiteres erlauben würde, anstelle der neun Module, an denen die Y. AG ausschliessliche Rechte besass, ihre eigenen Module einzusetzen und so zu einem gleichwertigen Ergebnis zu gelangen.

5. Im Beschwerdeverfahren teilte der Kanton mit, dass er den Vertrag mit der Y. AG am 28.12.2020 abgeschlossen hatte. Angesichts dieses Umstands und der inzwischen aufgenommenen Vertragserfüllung trat das Gericht auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht ein. Die Beschwerdeführerin akzeptierte dies und beantragte fortan im Hauptstandpunkt, dass die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen sei.

6. Die Zuschlagsempfängerin Y. AG machte namentlich geltend, dass es technisch nicht unmöglich sei, ihre neun Module von «FRIAC» mit anderen den Erfordernissen des Kantons entsprechenden Modulen zu ersetzen. Sie wies zugleich darauf hin, dass das ihrer Ansicht nach mit höheren Kosten verbunden wäre.

Der Entscheid

Das KGer VS tritt auf die Beschwerde ein, heisst sie gut und stellt fest, dass die freihändig erteilte Zuschlagsverfügung rechtswidrig ist.

1. Das Gericht geht davon aus, dass die Beschwerdefrist bereits durch die informelle Mitteilung der Freihandvergabe ausgelöst worden ist. «Mit E-Mail [des Kantons] vom 17. Juni 2021 wurde der Beschwerdeführerin die Arbeitsvergabe erstmals zur Kenntnis gebracht. Die Beschwerde vom 28. Juni 2021 wurde folglich unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Sonntagen innert Frist eingereicht.»

2. Weiter bejaht das Gericht auch die Legitimation der Beschwerdeführerin.

a. Zur Anfechtung einer Freihandvergabe ist ein Unternehmen nur befugt, wenn es als potenzielle Anbieterin erscheint. Das ist dann der Fall, wenn es in der Lage ist, Leistungen zu erbringen, mit denen «das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis» befriedigt werden kann, wenn es also das gleiche oder ein gleichartiges Produkt offerieren könnte. «Der Beschwerdeführer hat folglich darzulegen, dass er mit seiner Leistung in der Lage ist, die im freihändigen Verfahren beschaffte Leistung zu substituieren, damit er als potenzieller Anbieter erscheint und auf die Beschwerde eingetreten werden kann.» Überdies ist erforderlich, dass das Unternehmen «gewillt ist», die entsprechenden Leistungen zu erbringen.

b. «Beruft sich die Vergabestelle für die Zulässigkeit des Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand gemäss eines gesetzlichen Ausnahmetatbestands nur ein Anbieter in Frage kommt und macht der Beschwerdeführer dagegen geltend, der Beschaffungsgegenstand sei zu Unrecht so definiert worden, dass nur ein Anbieter in Frage kommt, so muss beschwerdeweise auch überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes rechtmässig ist. Andernfalls würde gegen rechtswidrige Beschaffungen kein Rechtsschutz bestehen [...]. Wer zwar den konkret von der Vergabebehörde definierten Gegenstand nicht anzubieten vermag [...], im Rahmen einer sich gegen eine Ausschreibung oder eine Freihandvergabe richtenden Beschwerde aber glaubhaft behauptet, dass die ihm zum Verhängnis werdende Spezifikation ohne sachlichen Grund erfolgte oder ohne zwingenden Grund den Wettbewerb aushebelt, der ist als beschwerdelegitimierter potentieller Bieter zu betrachten.»

c. «Der fehlende Einbezug potentieller Drittanbieter im Vorfeld einer Freihandvergabe sowie allfällige Geheimhaltungsinteressen aller Beteiligten im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens führen in der Regel dazu, dass es der beschwerdeführenden Partei angesichts der zeitlichen Dringlichkeit und der nur begrenzt verfügbaren Informationen möglicherweise schwerfällt, ihre Eigenschaft als potenzielle Anbieterin hinsichtlich des konkreten Beschaffungsgegenstandes darzulegen. Diesem Umstand wird jedoch dadurch Rechnung getragen, dass an die Substanziierungslast keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es darf gemäss Rechtsprechung namentlich kein voller Beweis aller massgeblichen Sachverhaltsumstände verlangt werden. Gefordert wird aber immerhin, dass die beschwerdeführende Partei ihre Legitimation anhand von konkreten Anhaltspunkten glaubhaft bzw. mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit

geltend macht. Reine Mutmassungen oder Behauptungen, für die keine konkreten Belege oder Indizien angeführt werden, reichen dafür folglich nicht aus.»

d. In casu trägt die Beschwerdeführerin «vor, in der Lage zu sein, die von der Zuschlagsempfängerin entwickelten, urheberrechtlich geschützten und FRIAC-spezifischen Module, durch eigens entwickelte Module ersetzen zu können. Damit macht sie geltend, die Anpassung von FRIAC an die Bedürfnisse der Walliser Kantonsverwaltung vornehmen zu können, ohne in das geistige Eigentum der Zuschlagsempfängerin eingreifen zu müssen [...]. In diesem Zusammenhang listet die Beschwerdeführerin in ihrer Replik neun eigene Module mit äquivalenter Funktion zu den urheberrechtlich geschützten Modulen der Zuschlagsempfängerin auf. Damit ist die Beschwerdeführerin theoretisch offensichtlich in der Lage, mit ihren Dienstleistungen einzelne Komponenten der bestehenden FRIAC-Modifikation zu substituieren und anschliessend Anpassungen in der vom Kanton Wallis gekauften FRIAC-Modifikation vorzunehmen, ohne Urheberrechtsverletzungen zu begehen [...]. Die Beschwerdeführerin ist deshalb als potentielle Anbieterin zu betrachten und folglich zur Beschwerde legitimiert.»

3. Das Gericht stellt fest, dass der Kanton Wallis die Basissoftware «CAMAC» durch Beitritt zur entsprechenden Gemeinschaft erworben hat, dass nur 12 von 21 Modulen der Weiterentwicklung «FRIAC» dem Kanton Freiburg gehören (währenddem die übrigen neun Module geistiges Eigentum der Zuschlagsempfängerin sind), dass er nur diese 12 Module im Rahmen einer Instate-Vergabe beim Kanton Freiburg hätte erwerben können (da die Zuschlagsempfängerin es dem Kanton Freiburg verboten hatte, ihre neun Module weiterzuveräußern) und dass er jedoch tatsächlich sämtliche 21 Module von «FRIAC» (sowie die Anpassungsarbeiten) bei der Zuschlagsempfängerin erworben hat. Die Frage nach der Zulässigkeit einer allfälligen Instate-Vergabe ist damit in casu rein hypothetischer Natur und braucht nicht beantwortet zu werden.

4. «Die submissionsrechtliche Gesetzgebung regelt nicht, welche Leistungen öffentliche Auftraggeber zu beschaffen haben. Es liegt in der Kompetenz und Verantwortung der Beschaffungsstellen zu bestimmen, welche Aufträge sie vergeben. Inhaltlich findet die Beschaffungsfreiheit öffentlicher Auftraggeber eine Grenze in der materiellen Rechtmässigkeit der zur Vergabe ausgeschriebenen Leistung. Legt die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand in diesem zulässigen Rahmen fest, ist ihre Beschaffungsfreiheit sodann beschränkt durch die Vorgaben der anwendbaren submissionsrechtlichen Erlasse. Dazu zählen namentlich das beschaffungsrechtliche Diskriminierungsverbot, die Grundsätze des wirksamen Wettbewerbs und der Transparenz sowie das Prinzip der Wirtschaftlichkeit öffentlicher Beschaffungen [...]. Ein wahrhafter Zielkonflikt besteht bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstands zwischen der Definitionsfreiheit der Vergabebehörde und der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer, insbesondere unter den Aspekten des

Wettbewerbs und der Marktöffnung: Je enger definiert wird, desto schmaler wird der verbleibende Wettbewerb, desto mehr theoretisch mögliche Bieter werden zu blossen Dritten. Aus diesem Grund muss jede einzelne Festlegung der Vergabestelle mit Bezug auf das Geschäft sachlich begründet sein.»

5a. «Im vorliegenden Fall beruft sich die Vergabebehörde für die erfolgte Freihandvergabe auf den Ausnahmefall von Art. 13 Abs. 1 lit. c kGIVöB, wonach ein Auftrag (unabhängig vom Schwellenwert) direkt und ohne Ausschreibung vergeben werden kann, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt.»

b. «Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands für die freihändige Vergabe beruft, hat grundsätzlich auch nachzuweisen, dass alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen liegt daher bei der Vergabestelle. Insbesondere hat sie darzulegen, dass sie sich im Lichte der konkreten Beschaffung – vor Einleitung der freihändigen Vergabe – detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt hat und gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind, d.h. dass u.a. keine angemessenen Alternativprodukte auf dem Markt erhältlich sind.»

c. Die Vergabestelle hat «während der Evaluationsphase drei Kantone besucht und die von diesen benutzte Software anhand eines Kriterienrasters analysiert». Gestützt darauf hat sich der Kanton Wallis für «FRIAC» entschieden, obschon auch dieses Produkt nicht vollständig seinen Anforderungen entsprach, wie die bei der Zuschlagsempfängerin in Auftrag gegebenen Anpassungsarbeiten zeigen. Die Vergabestelle hat sich jedoch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, «ob angemessene Alternativprodukte auf dem Markt erhältlich sind». Da die Beschwerdeführerin nachgewiesen hat, dass zumindest sie selbst eine angemessene Alternative bieten könnte (welche im Austausch der neun «FRIAC»-Module der Zuschlagsempfängerin durch Eigenentwicklungen sowie in den erforderlichen Anpassungsarbeiten bestände), steht fest, dass «bei einer richtigen Umschreibung des Beschaffungsgegenstands angemessene Alternativprodukte auf dem Markt zu finden gewesen wären». Für eine Verengung der Beschreibung des Beschaffungsgegenstands auf das Produkt «FRIAC» (inklusive der neun der Zuschlagsempfängerin gehörenden Module) bestanden keine hinreichenden Gründe. Solche können auch nicht darin erblickt werden, dass die Ausgangslage im Kanton Wallis betreffend Digitalisierung der Baugesuchsverfahren bestimmte Ähnlichkeiten zu jener aufweist, die bei der Einführung von «FRIAC» im Kanton Freiburg vorzufinden war. Hierbei handelt es sich nicht um zwingende Gründe, welche zu einer Alternativlosigkeit im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. c kGIVöB/VS führten.

d. «Die Rügen der Beschwerdeführerin sind damit begründet und die Beschwerde ist folglich gutzuheissen.» Angesichts

des Umstands, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung entfaltet und dass die Vertragserfüllung zum Urteilszeitpunkt weit fortgeschritten ist, sieht das KGer VS davon ab, Primärrechtsschutz zu gewähren, und stellt im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes fest, dass die angefochtene Zuschlagsverfügung rechtswidrig ist (wäre die Vertragserfüllung noch nicht weit fortgeschritten gewesen, hätte das KGer VS ungeachtet des erfolgten Vertragsschlusses Primärrechtsschutz gewährt). Damit kann die Beschwerdeführerin vergaberechtlichen Schadenersatz nach Art. 17 Abs. 2 kGIVöB/VS fordern.

Die Anmerkungen

1. Das rapportierte Urteil ist zu begrüssen.

a. Der Kanton Wallis hat durch die im Vorfeld der Freihandvergabe getätigten Abklärungen selbst die Erkenntnis gewonnen, dass es verschiedene mögliche Alternativen gibt. Für «FRIAC» hat er sich nach meinem Verständnis deswegen entschieden, weil er annahm, dass diese Software seinen Bedürfnissen schon recht nahe kam und dass er auf diesem Weg insgesamt die geringsten Kosten zu tragen hätte (weil er davon ausging, dass bei Verwendung von «FRIAC» als Ausgangssoftware am wenigsten Anpassungsarbeiten anfallen würden).

b. Dieser Entscheid war gerade deshalb rechtswidrig, weil er in Kenntnis des Vorhandenseins von Alternativen getroffen wurde. Die Frage, ob bei einer Wahl einer Alternative zu «FRIAC» höhere Kosten entstünden und ob die Alternativen in qualitativer Hinsicht mit «FRIAC» mithalten können, ist im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens unter den entsprechenden Zuschlagskriterien zu beantworten (die begründete Erwartung von erheblichen Mehrkosten kann eine Freihandvergabe höchstens im Fall von Ergänzungsbeschaffungen i.S.v. Art. 21 Abs. 2 lit. e BöB/IVöB 2019 rechtfertigen, nicht jedoch im Fall einer Erstbeschaffung i.S.v. Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB 2019; in casu ging es um eine Erstbeschaffung). Es steht der Vergabestelle nicht zu, mögliche Alternativen und damit auch die öffentliche Ausschreibung mit dem Argument beiseitezuschieben, das gewählte Produkt sei ihrer Ansicht nach preislich und qualitativ das beste. Eine solche Antizipation eines möglichen Ergebnisses einer Ausschreibung ist im Licht der Ausschreibungspflicht irrelevant; das Ausschreibungsverfahren dient gerade dazu, ein nicht auf einer blossen Einschätzung, sondern auf verbindlichen Offerten beruhendes Ergebnis hervorzubringen und die Frage damit in verlässlicher Art zu beantworten.

c. Nur dann, wenn die Vergabestelle ihren Bedarf so offen wie möglich spezifiziert und gleichwohl Gewissheit darüber hat, dass es Alternativen nicht gibt, darf sie auf die Ausschreibung verzichten. Bestehen Zweifel, hat sie eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Wenn ihre Bedarfsformulierung rechtmässig ist und es tatsächlich keine Alternativen gibt, wird nur die betreffende Anbieterin in zu-

lässiger Art offerieren. Die Vergabestelle kann sodann das Verfahren gestützt auf Art. 43 Abs. 1 lit. d BöB/IVöB 2019 abbrechen, falls das eingereichte Angebot im Sinn der zitierten Norm «keine wirtschaftliche Beschaffung erlaub[t] oder den Kostenrahmen deutlich überschreite[t]», und ein Freihandverfahren nach Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB 2019 einleiten, in dem es möglich ist, mit der Anbieterin über dieses Problem zu verhandeln (Art. 21 Abs. 1 S. 2 BöB/IVöB 2019).

d. Analoges gilt im Übrigen im Rahmen von Art. 21 Abs. 2 lit. e BöB/IVöB 2019, soweit die Vergabestelle nicht mit technischen, sondern mit finanziellen Argumenten (übermässige Mehrkosten bei einem Wechsel des Leistungserbringers) argumentiert. Die Vergabestelle muss die Gewissheit haben, dass der Kostenvorteil des bisherigen Leistungserbringers derart immens ist, dass in einem Ausschreibungsverfahren in jedem Fall dieser gewänne, selbst wenn Alternativanbieter möglicherweise bessere Qualität böten, welche unter den Zuschlagskriterien zu berücksichtigen wäre. Hat sie keine Gewissheit, ist eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen, damit überprüft werden kann, ob der Kostenvorteil so gross wie gemeint ist und ob er allfällige Qualitätsvorteile von Alternativanbietern auszustechen in der Lage ist.

2a. Das rapportierte Urteil enthält keine Informationen zur Frage, aus welchen Gründen der Kanton Freiburg die Immaterialgüterrechte lediglich an zwölf von insgesamt einundzwanzig der in seinem Auftrag und gegen Leistung seiner Vergütung durch die Y. AG entwickelten Module von «FRIAC» – und nicht an sämtlichen Modulen – erworben hatte. Hätte er das getan, hätte er «FRIAC» dem Kanton Wallis möglicherweise gestützt auf das Instate-Privileg (vgl. sinngemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019) mit allen erforderlichen Rechten verkaufen können. Die weiterhin erforderlichen Anpassungsarbeiten hätte der Kanton Wallis sodann mühelos öffentlich ausschreiben können. Es ist vor diesem Hintergrund daran zu erinnern, dass die Freihandvergabe nach dem Ingress von Art. XIII:1 GPA 2012 nicht zu Umgehungszwecken gewählt werden darf, dass daraus namentlich eine Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeberinnen zur Prävention gegenüber ursprünglich nicht notwendigen Ausschliesslichkeitssituationen («locked in»-Verhältnissen) fliesst und dass das bedeutet, dass die Auftraggeberinnen im Rahmen des Möglichen an allen Produkten, die aufgrund ihrer Vergütung für sie erarbeitet werden, zumindest so viele Rechte erwerben, wie es braucht, um das Produkt während seines Lebenszyklus ohne rechtliche Abhängigkeiten bewirtschaften und weiterentwickeln zu können (vgl. R. AESCHBACHER/R. KREBS, in: H. R. Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 21 BöB/IVöB N 22, wonach eine unter Berufung auf bestehende Schutzrechte der bisherigen Anbieterin erfolgende Freihandvergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. e BöB/IVöB 2019 ausgeschlossen ist, falls die Auftraggeberin «es versäumt hat, sich diese Rechte bei der Erstbeauftragung dieses Unternehmens in einer Art zu sichern, welche ihr die öffentliche Ausschreibung der weiteren Leistungen ermöglichen würde»; dieser Auffassung ist zuzu-

stimmen, und aus ihr folgt, dass der Kanton Freiburg die Y. AG nicht unter Berufung auf Immaterialgüterrechte freihändig mit Wartungsarbeiten an oder Weiterentwicklungen von «FRIAC» oder mit ähnlichen Dienstleistungen betrauen darf, sofern davon auszugehen ist, dass der Rechtserwerb an den neun infrage stehenden Modulen im Rahmen des ursprünglichen Vertrags «versäumt» [a.a.O.], d.h. ohne wichtigen Grund unterlassen wurde; vgl. des Weiteren BVGer B-3580/2021, Zwischenentscheid vom 30.11.2021, E. 6.1: «Die Vergabestelle muss [...] freihändigen Vergaben vorbeugen, indem sie Beschaffungsvorhaben vorgängig zur Erstbeschaffung auf ihr Potential zur Verursachung von Freihandtatbeständen für Folgeleistungen untersucht und auf sorgfältige und vorausschauende Weise plant. Insbesondere bei der Beschaffung von Software sollten technische und rechtliche Abhängigkeiten von Anbieterinnen möglichst vermieden werden»). Zudem sollte auch ein Recht zur Weiterveräusserung der Rechte erworben werden, falls eine solche, namentlich unter Instate-Verhältnissen, nicht zum Voraus als ausgeschlossen erscheint.

b. Es ergibt sich auch nicht aus dem rapportierten Urteil, ob der Kanton Wallis gemäss dem in casu streitbetroffenen Vertrag die Rechte der Entwicklungen und Anpassungen von «FRIAC» bei der entsprechend beauftragten Y. AG belässt oder ob er sie in jenem Umfang erworben hat, der für einen unabhängigen Betrieb, eine unabhängige Weiterentwicklung und gegebenenfalls einen Instate-Weiterverkauf an einen anderen Kanton erforderlich ist.

c. Die Y. AG ist bei der Verfolgung ihrer legitimen Eigeninteressen keinesfalls zu kritisieren. Das Gegenteil gilt für Vergabestellen, die ohne Not das Entstehen künftiger Ausschliesslichkeitssituationen zulassen, obschon sie insoweit über die vertragliche Gestaltungsmacht verfügten, wie insbesondere im Fall des Nichterwerbs von Rechten an für sie gefertigten Entwicklungen. Der Umstand, dass der Erwerb von Rechten zusätzlich kostet, verliert entscheidend an Gewicht, wenn man sich vor Augen hält, dass ohne diesen Erwerb eine Ausschliesslichkeitssituation mit auf Dauer deutlich höheren Mehrkosten entstehen kann. Abgesehen davon wird die hinter der «CAMAC»-Gemeinschaft stehende Idee nach meiner Auffassung hintertrieben, wenn sich auf der Basis einer im Sinn der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit allen Kantonen offenstehenden Software einzelne Unternehmen in Ausschliesslichkeitssituationen etablieren können. Die Gemeinschaftsmitglieder sollten zur Durchsetzung des Zusammenarbeitsgedankens dafür sorgen, dass nicht nur die Basissoftware, sondern auch alle Weiterentwicklungen wiederum allen Kantonen auf der Basis einer Instate-Vergabe offen zugänglich sind.

3a. Dass der Staatsrat des Kantons Wallis die streitbetroffene Freihandbeschaffung im Wert von mehr als einer Million Franken erst lange nach dem Vertragsabschluss publizierte (und dies nur aufgrund des Nachhakens der nachmaligen Beschwerdeführerin), ist aus vergaberechtlicher Sicht (vgl. dazu rapportiertes Urteil, E. 4.1 und 4.2) zu kritisieren. Die Rechtsverletzung wiegt in casu besonders schwer, weil sie

durch die Regierung eines Kantons begangen wird. Es kommt dazu, dass es sich um eine Wiederholungstat handelt (vgl. BGer 2D_42/2018, 11.3.2019, Sachverhalt lit. A). Zu bedauern ist im Übrigen, dass das rechtswidrige Vorgehen faktisch grossen Erfolg hatte; weil der Vertrag zum Zeitpunkt der Beurteilung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung und sodann erst recht zum Urteilszeitpunkt schon weitgehend erfüllt war, fiel Primärrechtsschutz ausser Betracht (rapportiertes Urteil, E. 4.2). Der Kanton erhält die gewünschte Software und muss allenfalls einen bescheidenen Schadenersatz für Rechtsmittelkosten bezahlen.

b. Immerhin wird der Kanton Wallis voraussichtlich bald der IVöB 2019 beitreten. Diese hält in Art. 48 Abs. 1 S. 2 fest, dass auch «Zuschläge, die im Staatsvertragsbereich freihändig erteilt wurden», publiziert werden müssen (darüber hinaus sieht Art. 15 Abs. 2 des Entwurfs des neuen kGIVöB/VS [i.d.F., welche der Walliser Kantonsrat am 15.9.2022 unter der Geschäftsnummer GC/GR-2020-025 debattierte] vor, dass alle auf Art. 21 Abs. 2 IVöB 2019 gestützten Zuschläge unabhängig davon, ob die Beschaffung dem Staatsvertragsbereich unterliegt, publiziert werden müssen). Dasselbe ergab sich zwar bereits aus Art. 34 Abs. 4 der VöB/VS vom 11.6.2003, doch ist diese Bestimmung insofern unglücklich formuliert, als sich aus der maximal 72 Tage betragenden Frist zwischen Zuschlag und Publikation der unzutreffende Eindruck ergab, mit dem Vertragsschluss müsse nicht bis (mindestens) nach Ablauf der durch die Publikation ausgelösten Beschwerdefrist abgewartet werden (diesen Sinn hat die 72-Tage-Frist nach Art. XVIII:1 GPA 1994 nicht; Gleiches gilt für Art. XVI:2 GPA 2012). Erfreulicherweise übernimmt die IVöB 2019 die 72-Tage-Frist nicht; ihr Art. 48 Abs. 6 statuiert vielmehr eine (Ausnahmen zulassende) Regelfrist von 30 Tagen.

c. Im Übrigen ändert weder der Art. 48 IVöB 2019 noch die in einem bestimmten Einzelfall tatsächlich liegende Zeit zwischen dem Zuschlag und dessen Publikation etwas daran, dass gemäss Art. 42 Abs. 1 IVöB 2019 der Vertrag frühestens nach Ablauf der (erst) durch die Publikation ausgelösten Beschwerdefrist abgeschlossen werden darf. Das gilt nur dann nicht, wenn es um eine Freihandvergabe geht, bei der die Vergabestelle ohne Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten davon ausgehen kann, dass der Schwellenwert des Einladungsverfahrens nicht erreicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019) oder dass eine Situation extremer Dringlichkeit gegeben ist (vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. d IVöB 2019; vgl. dazu sinngemäss BVGE 2009/19, E. 7.2).

4. Das BVGer vertritt die Auffassung, dass Art. 58 Abs. 4 BöB dahin zu verstehen ist, dass der vergaberechtliche Schadenersatz nach neuem Recht keine Rechtsverfolgungskosten umfasst und dass sich daraus ergibt, dass hinsichtlich der Anfechtung einer Freihandvergabe kein Beschwerdeinteresse besteht, soweit die Beschwerdeführung im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes (nach Art. 52 Abs. 2 oder Art. 58 Abs. 2 BöB) geschieht (vgl. BR/DC 2022, S. 190 ff., Nr. 309; eine Kritik dieser Auffassung findet sich a.a.O., S. 191 ff., Anmerkungen 3–5).

a. Im rapportierten Fall war noch Art. 17 Abs. 2 kGIVöB/VS einschlägig, wonach unter anderem die Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren einen Gegenstand des vergaberechtlichen Schadenersatzanspruchs bilden können. Darum bleibt vorläufig noch offen, ob sich das KGer VS in Bezug auf Art. 58 Abs. 4 IVöB 2019 sinngemäss der Auffassung des BVGer (zu Art. 58 Abs. 4 BöB) anschliessen und ebenso dafürhalten wird, dass im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes gegenüber Freihandvergaben ein Rechtsschutzinteresse nicht bestehen könne (vgl. BR/DC 2022, S. 190 ff., Nr. 309).

b. Auch wenn diese Frage noch offen ist, steht schon fest, dass das rapportierte Urteil trotz des Umstands, dass es «lediglich» einen Feststellungsentscheid darstellt, für die «CAMAC»-Gemeinschaft und auch darüber hinaus von ebenso grundsätzlicher wie wegweisender Natur ist und dass

ein solches Urteil nicht mehr möglich sein wird, wenn unter der Geltung des Art. 58 Abs. 4 IVöB 2019 eine Auslegung der Legitimationsregeln analog der Praxis des BVGer angenommen wird. Gerade dieses Urteil zeigt, dass es selbst dann, wenn unter Art. 58 Abs. 4 BöB/IVöB 2019 tatsächlich keine Rechtsverfolgungskosten erhältlich sind, durchaus ein schutzwürdiges Interesse daran gibt, dass gerichtlich untersucht wird, ob die gerügte Vergabe rechtmässig ist (vgl. auch BR/DC 2022, S. 190 ff., Nr. 309, Anmerkung 5). Die grundsätzliche Bedeutung dieses Urteils liegt nicht im Schadenersatzanspruch der Beschwerdeführerin, sondern in der Feststellung, dass ein Kanton «FRIAC» in der fraglichen Ausführung weder freihändig noch gestützt auf das Instate-Privileg beschaffen kann; das gilt auch für analoge Sachverhalte, in denen es um proprietäre Entwicklungen auf der Basis von «CAMAC» oder vergleichbaren Softwares geht.