

Sulgeneckstrasse 70
3005 Bern
Telefon +41 31 633 84 31
Telefax +41 31 633 84 62
www.erz.be.ch

4800.600.700.05/15 (712062)

12. Mai 2016

Entscheid



■ Beschwerdeverfahren gegen die freihändige Vergabe vom 4. Juli 2015 (Submission)

J.,

gegen

Universität Bern,
handelnd durch den Rektor, Hochschulstrasse 6, 3012 Bern

Ausgangslage

1. Am 4. Juli 2015 publizierte die Universität Bern im Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (Simap; www.simap.ch), dass sie am 3. Juli 2015 im freihändigen Verfahren den Zuschlag für die Beschaffung eines Transmissionselektronenmikroskops FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN an die FEI Europe B. V., Zweigstelle Zürich, zum Preis von 485'599 Franken (inklusive Mehrwertsteuer) erteilt habe.
2. Mit Beschwerde vom 14. Juli 2015 gelangte die J. an die Erziehungsdirektion und beantragte sinngemäss, es sei die Rechtswidrigkeit der Vergabe im freihändigen Verfahren festzustellen. Die Erziehungsdirektion wies die Beschwerde zur Verbesserung zurück.
3. Mit verbesserter Beschwerde vom 22. Juli 2015 beantragte die J., das öffentliche Vergabeverfahren sei neu aufzunehmen.
4. Die Universität Bern nahm am 2. September 2015 Stellung und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen.
5. Am 24. September 2015 teilte die Universität Bern mit, sie habe den Kaufvertrag mit der FEI Europe B. V., Zweigstelle Zürich, über das Transmissionselektronenmikroskop FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN abgeschlossen.
6. Die J. hielt mit Bemerkungen vom 24. September 2015 an ihrer Beschwerde fest. Sie beantragte, das öffentliche Vergabeverfahren sei in Form einer öffentlichen Ausschreibung neu aufzunehmen.
7. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 29. September 2015 wurde den Parteien der Entscheid des Erziehungsdirektors in Aussicht gestellt.

Rechtliche Prüfung und Begründung

1 Sachurteilsvoraussetzungen

1.1 Anfechtungsobjekt und Zuständigkeit

Angefochten ist der Entscheid der Universität Bern, die Beschaffung eines Transmissionselektronenmikroskops im freihändigen Verfahren durchzuführen.

Als kantonale öffentlichrechtliche Anstalt untersteht die Universität Bern dem Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ÖBG und Art. 1 Abs. 1 und 2 des Gesetzes vom 5. September 1996 über die Universität [UniG; BSG 436.11]). Der Entscheid, einen Auftrag nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a freihändig zu vergeben, gilt unabhängig von den Schwellenwerten als anfechtbare Verfügung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers (Art. 11 Abs. 1 Bst. c ÖBG). Beim betreffenden Auftrag der Universität Bern handelt es sich um einen Anwendungsfall von Art. 6 Abs. 1 Bst. a ÖBG in Verbindung Art. XV Ziffer 1 des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden GPA; SR

0.632.231.422) und Art. 7 Abs. 3 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21). Es liegt somit ein gültiges Anfechtungsobjekt vor.

Gegen Verfügungen kantonaler Anstalten kann bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates Beschwerde erhoben werden (Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG). Die Erziehungsdirektion übt die direkte Aufsicht über die Universität aus (Art. 74 Abs. 1 Satz 1 UniG). Sie ist somit zuständig für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde.

1.2 Beschwerdebefugnis

Nach Art. 65 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) ist zur Beschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse hat (Bst. c).

Die J. wurde nicht ins freihändige Vergabeverfahren einbezogen und konnte daher vor der Vorinstanz nicht am Verfahren teilnehmen. Sie macht nicht geltend, sie hätte das identische von der Universität Bern beschaffte Produkt ebenfalls liefern können. Vielmehr scheint sie ihr Rechtsschutzinteresse daraus abzuleiten, dass sie ein alternatives Produkt anbietet, das sie bei (ihrer Auffassung nach) rechtmässiger Umschreibung des Beschaffungsgegenstands auch hätte liefern können. In einem solchen Fall ist die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstandes sowohl Thema der Beschwerdebefugnis als auch der materiellen Beurteilung der Beschwerde. Es handelt sich um eine sogenannte doppelrelevante Tatsache (zum Ganzen vgl. BGE 137 II 313 E. 3). Für solche gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen genügt, wenn die beschwerdeführende Partei glaubhaft macht, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (BGE 141 II 14 E. 5.1 mit Hinweisen). Die J. ist nachweislich Herstellerin von Transmissionselektronenmikroskopen. Beim Produkt der J. handelt es sich um ein Konkurrenzprodukt des von der Universität Bern beschafften Produkts der FEI Europe B. V. Bei anderer Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes würde die J. somit unter Umständen als Zuschlagsempfängerin in Frage kommen. Sie verfügt somit über ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung. Ob der Beschaffungsgegenstand rechtmässig umschrieben wurde oder nicht, wird im materiellen Teil des Entscheides zu prüfen sein. Vorliegend hat die Universität Bern den Kaufvertrag mit der FEI Europe B. V. bereits abgeschlossen. In einem solchen Fall bleibt nach der Rechtsprechung das Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung jedoch erhalten (BVR 2004 S. 348 E. 1.4; BGE 132 I 86 E. 3.2 f.).

1.3 Form und Frist

Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG). Die J. hat ihre Beschwerde fristgerecht eingereicht. Da unter anderem die eigenhändige Unterschrift fehlte, wies die Erziehungsdirektion die Beschwerde zur Verbesserung zurück (Art. 33 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 32 Abs. 2 VRPG). Die J. reichte ihre formgerecht verbesserte Beschwerde rechtzeitig wieder ein.

Bei fristgebundenen Eingaben müssen jedoch Antrag und Begründung innert der Frist eingereicht sein (Art. 33 Abs. 3 VRPG). Erst mit verbesserter Beschwerde vom 22. Juli 2015

hat die J. den Antrag gestellt, das öffentliche Vergabeverfahren sei neu aufzunehmen. Dieser Antrag wurde nach Ablauf der Beschwerdefrist und somit verspätet gestellt. In Bezug auf diesen Antrag ist auf die Beschwerde deshalb nicht einzutreten. Allerdings hätte er selbst bei rechtzeitiger Stellung nicht behandelt werden können. Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens hat eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung (Art. 14 Abs. 3 ÖBG). Die J. hat es unterlassen, um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu ersuchen. Die Universität Bern durfte somit, wie geschehen, den Kaufvertrag mit der Zuschlagsempfängerin abschliessen (Art. 32 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Ist der Vertrag bereits abgeschlossen und erweist sich die Beschwerde als begründet, so kann die Beschwerdeinstanz in ihrem Entscheid einzig die Rechtswidrigkeit der Verfügung feststellen (Art. 34 Abs. 2 ÖBV). Die Erziehungsdirektion wäre somit nicht befugt, eine Neuaufnahme des öffentlichen Vergabeverfahrens zu verfügen. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt gemäss Bundesgericht als im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthaltend und automatisch gestellt, sobald der Vertrag abgeschlossen ist (BGE 132 I 86 E. 3.2). Die Erziehungsdirektion prüft somit vorliegend den Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der freihändigen Vergabe.

Im Übrigen ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.4 Überprüfungsbefugnis

Die Überprüfungsbefugnis der Erziehungsdirektion beschränkt sich auf die Prüfung von Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens sowie auf Prüfung der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Art. 14 Abs. 2 ÖBG).

2 Materielles

Umstritten und zu prüfen ist, ob die Vergabe des Auftrags zur Beschaffung eines Transmissionselektronenmikroskops an die FEI Europe B. V., Zweigstelle Zürich, durch die Universität Bern im freihändigen Verfahren rechtmässig war.

2.1 Argumente der Parteien

2.1.1 Argumente der Universität Bern

Die Universität Bern begründete die freihändige Vergabe bei der Beschaffung des Transmissionselektronenmikroskops auf Simap folgendermassen (Beilage 2 zur Stellungnahme der Universität Bern vom 2. September 2015):

Gestützt auf Artikel 7, Absatz 3, Buchstabe c und f der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV) hat die Universität Bern, Institut für Anatomie, die Beschaffung eines Transmissionselektronenmikroskops FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN, freihändig vergeben.

Das Elektronenmikroskop wird an einem vorhanden Tecnai F20 Mikroskop von der Firma FEI installiert. Das Gerät wird als Einstiegsgerät für das bestehende und zur Überprüfung von qualitativ hochstehenden Präparaten dienen, die anschliessend mit dem Tecnai F20 begutachtet werden. Schliesslich wird das Gerät auch zur Lösung von Problemen, die mit der Cryo-Elektronenmikroskopie zusammenhängen, verwendet.

Diese Einzigartigkeit kann nur durch die Kombination von Produkten der Firma FEI Europe B. V. angeboten werden.

In ihrer Stellungnahme führt die Universität aus, das zu beschaffende Transmissionselektronenmikroskop diene primär als Trainings- und Einstiegsgerät für neue Benutzer und Benutzerinnen, die dann das "High-End"-Gerät FEI Tecnai F20 des Unternehmens FEI B. V. verwenden würden, welches die Universität bereits einsetze. Das neue Standardgerät desselben Herstellers ermögliche die Schulung auf diesem vor der Benutzung des sehr komplexen und reparaturanfälligen FEI Tecnai F20. Die Geräte von J. und FEI würden sich von der Anwendung her teilweise stark unterscheiden, weshalb es aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags zwingend notwendig sein, ein Gerät von FEI zu verwenden. Ausserdem besitze die Universität bereits einen Cryo-Probenhalter 626 von Gatan. Dieser könne auch für das zu beschaffende Gerät FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN verwendet werden, nicht jedoch an einem Gerät von J.. Ein solcher Probenhalter koste etwa 50'000 Franken. Bei der Verwendung des Cryo-Probenhalters 626 von Gatan auf dem FEI Tecnai F20 komme es regelmässig zu Problemen, deren Ursache schwer herauszufinden sei. Wenn sie den Probenhalter auf dem FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN testen könne, könne sie die Ursache der Probleme selber feststellen und beheben und sich die Zeit und Kosten fürs Einschicken an den Hersteller sparen.

Das FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN stelle zwar grundsätzlich eine selbständige Beschaffung dar. Diese sei jedoch in den Kontext mit der Beschaffung – und insbesondere auch mit zwei umfangreichen und kostspieligen Erweiterungen – des deutlich teureren FEI Tecnai F20 zu stellen. In diesem Kontext handle es sich vorliegend nicht um eine eigenständige Beschaffung, sondern diese sei als Ergänzung und Erweiterung des FEI Tecnai F20 zu sehen. Erst die vorliegende zusätzliche Beschaffung ermögliche es, den reibungslosen und effizienten Gebrauch des FEI Tecnai F20 sicherzustellen.

2.1.2 Argumente der J.

Die J. bringt vor, es seien keine technischen bzw. künstlerischen Besonderheiten des gegebenen Systems vorhanden. Die Durchführung einer Voruntersuchung einer Probe könne an jeglichem System durchgeführt werden. Ein Vorteil bei Markengleichheit der beiden in der Begründung vorliegenden Systeme könne nicht nachvollzogen werden. Zudem könne das geordnete System aus technischen Gründen nicht an ein bereits vorhandenes Mikroskop installiert werden. Eine Ergänzung, Erweiterung bzw. der Ersatz von bereits erbrachten Leistungen könne im Zusammenhang mit der angeforderten Leistung nicht erkannt werden. Auf Grund der Tatsache, dass sich die beiden Systeme technisch stark unterscheiden würden, sei eine kombinierte Erweiterung nicht möglich.

Eine generelle Einschulung sowie auch die Überprüfung von Proben könne an jeglichem Gerät durchgeführt werden. Hinsichtlich Konzeption und Aufbau gebe es zwischen den Geräten von J. und denjenigen von FEI nur sehr geringe Unterschiede. Der generelle Ablauf der Anwendung sei vergleichbar. Es gebe jedoch Unterschiede in der Bedienung bedingt durch unterschiedliche Software. Könnte die Einschulung für hochauflösende Geräte nur an Basissystemen des jeweiligen Herstellers durchgeführt werden, laufe der Kunde bei der Beschaffung Gefahr, einem Preisdiktat zu unterliegen.

Es sei zutreffend, dass der Gatan Cryo-Probenhalter Typ 626 für ein FEI System nicht in ein J. System eingebracht werden könne. Für die beschriebenen Verwendungen des FEI

Tecnai F20 sei der Einsatz des Probenhalters unerlässlich. Dieser stehe daher nicht gleichzeitig am neuen System zur Verfügung. Die Probleme bei der Verwendung des Halters seien bekannt, könnten aber auf keinen Fall durch das Umsetzen des Halters auf ein anderes Gerät gelöst werden.

Die beiden Geräte FEI Tecnai F20 und FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN würden grosse Unterschiede aufweisen, sodass eine sinnvolle Einschulung nur direkt am FEI Tecnai F20 gemacht werden könne. Eine generelle Einschulung hingegen könne auch an einem anderen System gemacht werden. Es handle sich nicht um eine Ergänzung bzw. Erweiterung. Im Übrigen erscheine ihr der Beschaffungspreis überhöht und nicht marktgerecht.

2.2 Rechtliche Grundlagen

Das kantonale Beschaffungsrecht kennt vier unterschiedliche Vergabeverfahren (vgl. Art. 4 ff. ÖBV): das offene Verfahren und das selektive Verfahren, bei welchen der Auftrag öffentlich ausgeschrieben wird, sowie das Einladungsverfahren und das freihändige Verfahren, bei welchen die Beschaffungsstelle ohne Publikation direkt ein oder mehrere von ihr ausgewählte Unternehmen zur Offertstellung einlädt (*Christoph Jäger*, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: *Markus Müller/Reto Feller [Hrsg.]*, Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, Rz. 90).

Im Rahmen eines freihändigen Verfahrens wird der öffentliche Auftrag formlos, ausserhalb einer Submission und in der Regel unter Ausschaltung des Wettbewerbs vergeben. Die Auftraggeberin nimmt nach pflichtgemäsem Ermessen von sich aus mit einem Anbieter Kontakt auf und fordert ihn auf, die gewünschte Leistung zu offerieren (*Jäger*, Rz. 96). Die freihändige Vergabe ist nur in zwei Fällen zulässig: in Fällen von Art. XV Ziffer 1 GPA oder wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte nicht erreicht werden (Art. 6 Abs. 1 ÖBG).

Das GPA enthält eine abschliessende Liste von Tatbeständen, bei deren Vorliegen öffentliche Aufträge ausnahmsweise im freihändigen Verfahren vergeben werden dürfen, obwohl die Schwellenwerte des offenen und selektiven Verfahrens an sich erreicht wären (Art. XV GPA, Art. 12^{bis} Abs. 1 Satz 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 [IVöB; BSG 731.2-1]). Der Kanton Bern hat diese Liste sinngemäss ins kantonale Beschaffungsrecht überführt (vgl. Art. 7 Abs. 3 ÖBV). Gleich wie die bernische Regelung verweisen bzw. basieren auch die entsprechenden Bestimmungen des Bundesrechts auf Art XV Ziffer 1 Bst. b GPA (vgl. Art. 13 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1] sowie Art. 13 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB; SR 172.056.11]). Für die Anwendung des kantonalen Rechts ist somit auch die Rechtsprechung zum Bundesrecht zu beachten.

Da die ausnahmsweise Zulassung der freihändigen Auftragsvergabe eine Möglichkeit zur Umgehung der Ausschreibungspflicht bietet, darf eine Ausnahmesituation nicht leichthin bejaht werden (*Jäger*, Rz. 99). Es ist eine restriktive Auslegung der Ausnahmetatbestände angebracht (vgl. zum Bundesrecht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015, E. 2.1 mit Hinweisen).

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabestelle über einen grossen Ermessensspielraum, was namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen gilt (Urteil BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015, E. 2.2). Die

Erziehungsdirektion greift nur unter qualifizierten Voraussetzungen in das Ermessen der Vergabestelle ein (vgl. Ziffer 1.4). Das gewünschte Produkt soll nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden, es sei denn, eine andere Beschreibung sei nicht möglich und es werde der Zusatz "oder gleichwertig" hinzugefügt (vgl. Art. VI Ziffer 3 GPA sowie Art. 12 Abs. 5 ÖBV).

Gemäss Art. 7 Abs. 3 Bst. c ÖBV kann freihändig vergeben werden, wenn auf Grund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin oder ein Anbieter in Frage kommt. Diese Bestimmung orientiert sich an Art. XV Ziffer 1 Bst. b GPA, welcher in der deutschen Übersetzung folgenden Wortlaut aufweist:

(...) wenn bei Kunstwerken oder aus Gründen des Schutzes ausschliesslicher Rechte, wie Patent- oder Urheberrecht, oder befehlendem Wettbewerb aus technischen Gründen die Waren oder Dienstleistungen nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können und es keine angemessene Alternative oder keine Ersatzware gibt.

Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass für die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sein müssen (vgl. Urteil BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015, E. 2.1 mit Hinweisen): Der Beschaffungsgegenstand muss aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des geistigen Eigentums tatsächlich nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können und zusätzlich darf keine angemessene Alternative oder Ersatzware zur Verfügung stehen. Das Bundesgericht hielt zum Tatbestand von Art. XV Ziffer 1 Bst. b GPA im sogenannten "Microsoft-Fall" zum Thema der Beweislast für die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe fest, der Vergabestelle könne nicht die Beweislast dafür auferlegt werden, dass keine angemessenen Alternative bestehen würden (BGE 137 II 313 E. 3.5.2). Diese Auffassung ist in der Lehre sehr umstritten und weicht von der Rechtsprechung der früheren Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK bis 2006) ab (siehe Hinweise bei *Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 300). Das Bundesverwaltungsgericht vertrat in seinem Urteil vom 7. Oktober 2015 (B-1570/2015) die Ansicht, dass die Beweislast für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes für die freihändige Vergabe vollständig bei der Vergabestelle liege (E. 2.3; zum Widerspruch zu BGE 137 II 3013 vgl. *Martin Beyeler*, Freihänder: BVGer schwenkt Warnlampel in: BR 2016 S. 25, Anmerkungen Ziffer 3). Die Erziehungsdirektion folgt der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts und geht davon aus, dass die Vergabestelle das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes für die freihändige Vergabe nachzuweisen hat.

Gemäss Art. 7 Abs. 3 Bst. f ÖBV kann freihändig vergeben werden, wenn Ersatz, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen von der ursprünglichen Anbieterin oder dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden müssen, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder die Kontinuität der Dienstleistungen gewährleistet ist. Diese Bestimmung orientiert sich an Art. XV Ziffer 1 Bst. d GPA, welcher in der deutschen Übersetzung folgenden Wortlaut aufweist:

(...) bei zusätzlichen Lieferungen der ursprünglichen Anbieter, die entweder als Ersatzteile für gelieferte Waren oder bestehende Anlagen oder als Ergänzungslieferungen oder zur Erweiterung bestehender Dienstleistungen oder Anlagen bestimmt sind, wenn ein Wechsel des Anbieter die Beschaffungsstelle dazu zwingen würde, Material oder

Dienstleistungen zu kaufen, welche die Bedingung der Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder vorhandenen Dienstleistungen nicht erfüllen.

2.3 Würdigung

Der Beschaffungspreis für die Lieferung des Transmissionselektronenmikroskops lag vorliegend bei 485'599 Franken inklusive Mehrwertsteuer. Dieser Betrag liegt über dem massgebenden Schwellenwert (siehe Anhang 1 Art. A1-1 der IVöB, Schwellenwert für Lieferungen bei 250'000 Franken). Für die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe muss somit ein Ausnahmetatbestand gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. ÖBG in Verbindung mit Art. XV Ziffer 1 GPA respektive Art. 7 Abs. 3 ÖBV bejaht werden können. Die Ausnahmetatbestände sind alternativ ausgestaltet, womit es ausreichend ist, wenn nur einer erfüllt ist.

Die Universität Bern hat gemäss den vorhandenen Akten für ihren freihändigen Auftrag vorgängig keine technische Spezifikation vorgenommen, indem sie definiert hätte, welche technischen Leistungen durch das zu beschaffende Transmissionselektronenmikroskop genau zu erbringen wären. Sie ging davon aus, nur ein Transmissionselektronenmikroskop der Marke FEI könne ihre Bedürfnisse erfüllen. Sie begründet dies damit, dass sie bereits ein "High-End"-Gerät der Marke FEI besitze und das neu zu beschaffende robustere Gerät als Schulungsgerät für Einsteiger verwendet werden solle. Es komme nur ein markengleiches Gerät in Frage.

Unbestritten ist, dass es verschiedene Unternehmen gibt, welche Geräte mit den grundsätzlichen Funktionen des von der Universität Bern beschafften Geräts herstellen. Dazu gehören unter anderem die Zuschlagsempfängerin FEI und die beschwerdeführende J. Während die Universität Bern sich auf den Standpunkt stellt, die Geräte von FEI und J. würden sich teilweise stark unterscheiden, sodass eine Schulung für eine spätere Benutzung des FEI "High-End"-Geräts auf einem Gerät eines anderen Herstellers nicht sinnvoll sei, legt die J. dar, der einzige Unterschied bestehe in der Software. Ausserdem würden sich auch die beiden FEI Geräte stark unterscheiden, sodass die Handhabung des "High-End"-Geräts nur auf diesem tatsächlich gelernt werden könne. Eine generelle Schulung zur Elektronenmikroskopie sei hingegen auf Geräten jeglicher Hersteller möglich.

Die Vergabestelle sollte darlegen, dass sie sich im Licht der konkreten Beschaffung – vor Einleitung des freihändigen Verfahrens – detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt hat und gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass die Anwendungsvoraussetzungen der Norm tatsächlich erfüllt sind. Sie muss aufgrund der von ihr vorzunehmenden Marktabklärung glaubhaft machen, dass keine angemessenen Alternativprodukte auf dem Markt erhältlich sind (*Galli/Moser/Lang/Steiner*, Rz. 301). Die beweisbelastete Universität Bern belegt nicht, inwiefern einzig das Gerät FEI genügend Ähnlichkeit mit dem von ihr verwendeten High-End-Gerät aufweist, um für die Schulung dienlich zu sein, und die Vornahme von Voruntersuchungen von Präparaten an einem Gerät eines anderen Herstellers nicht möglich wäre. Die pauschale Feststellung, die Geräte von FEI und J. würden sich teilweise stark unterscheiden, kann als Nachweis nicht ausreichen. Es ist aus den Akten sodann nicht ersichtlich, dass die Universität Bern die alternativen Produkte anderer Hersteller vor ihrem Entscheid zur Vergabe im freihändigen Verfahren überhaupt geprüft und dann aus technischen Gründen klar verworfen hätte.

Als technische Besonderheit kann allenfalls die unbestrittene Tatsache gelten, dass der Cryo-Probenhalter von Gatan im Besitz der Universität Bern sich nur auf einem Transmissionselektronenmikroskops, welches von FEI stammt, verwenden lässt. Die Erziehungsdirektion vermag nicht zu beurteilen, ob die Universität Bern, wie von der J. behauptet, für

ihre Arbeit sowieso einen weiteren Probenhalter benötigen würde. In jedem Fall erscheint aber die fehlende Austauschbarkeit des Cryo-Probenhalters mit einem Gerät, das nicht von FEI stammt, nicht als ausreichend, um das Bestehen einer angemessenen Alternative von vornherein zu verneinen. Die Alternative wäre mit allfälligen zusätzlichen Kosten verbunden. Das lässt sie aber noch als unangemessen erscheinen. Wird für die Beschaffung eines weiteren Probenhalters ein Preis von ungefähr 50'000 Franken und dieser Preis im Verhältnis zum Wert der Mikroskopiegeräte von rund 500'000 respektive zwei Millionen betrachtet, so erscheint diese zusätzliche Ausgabe nicht ohne Weiteres als unverhältnismässig. Ähnlich ist die Sachlage für die umstrittene Frage, ob bei Problemen mit dem Probenhalter das von der Universität Bern neu angeschaffte Gerät von FEI zur Feststellung der Ursachen und einer allfälligen Reparatur dienen kann. Die Erziehungsdirektion kann diese fachliche Frage nicht beurteilen. Selbst bei Bejahung einer diesbezüglichen technischen Besonderheit führt dies nicht eindeutig zur Unangemessenheit einer allfälligen Alternative. Die Überprüfung des Probenhalters steht für die Universität Bern als Grund der Beschaffung eines Transmissionselektronenmikroskops FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN keineswegs im Vordergrund, sondern die Verwendung als Einstiegsgerät für neue Benutzerinnen und Benutzer. Ein allfälliger angenehmer Nebeneffekt bei der Beschaffung eines Gerätes eines bestimmten Herstellers kann nicht zur Begründung des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes für die freihändige Vergabe dienen. Dies würde der gebotenen restriktiven Auslegung der Ausnahmetatbestände widersprechen.

Es kann somit weder eindeutig gesagt werden, die von der Universität Bern gewünschte Ware habe aus technischen Gründen nur durch den Anbieter FEI geliefert werden können, noch bestehe keine angemessene Alternative oder Ersatzware. Vielmehr wäre das Vorliegen von technischen Besonderheiten durch eine klare technische Spezifikation des Auftrags und das Fehlen einer angemessenen Alternative im Submissionsverfahren eingehend zu prüfen gewesen. Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise freihändige Vergabe nach Art. 7 Abs. 3 Bst. c ÖBV sind vorliegend nicht erfüllt.

Es bleibt zu prüfen, ob der Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 3 Bst. f ÖBV bejaht werden kann. Entgegen dem, was sich aus der Formulierung der Universität Bern auf Simap schliessen lässt, wird das neue FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN Gerät nicht am vorhandenen Tecnai F20 Mikroskop installiert, sondern es handelt sich um zwei getrennte Systeme. Die Subsumtion der vorliegenden Beschaffung unter Art. 7 Abs. 3 Bst. f ÖBV würde dessen Rahmen sprengen und dem Gebot der restriktiven Auslegung widersprechen. Das neue Transmissionselektronenmikroskop kann nur indirekt als Ergänzung oder Erweiterung des vorhandenen Tecnai F20 Mikroskops gesehen werden, indem es zur Schulung vor Benutzung des Letzteren dient. Die Schulungsmöglichkeiten werden zwar verbessert. Hingegen ist die Beschaffung eines weiteren FEI-Mikroskops nicht die einzige Möglichkeit, um die Kontinuität der Dienstleistung in Form der Forschungstätigkeit der Universität Bern zu gewährleisten. Die Kontinuität wäre gar ohne neue Beschaffung möglich gewesen. Obwohl die Universität dieses Argument nicht ausdrücklich vorbringt, liesse sich begründen, die Austauschbarkeit mit dem vorhandenen Cryo-Probenhalter von Gatan sei nur bei der Beschaffung eines Gerätes von FEI gewährleistet. Diesbezüglich ist jedoch auf die vorhergehenden Ausführungen zu Art. 7 Abs. 3 Bst. c ÖBV zu verweisen, wonach ein allfälliger angenehmer Nebeneffekt bei der Beschaffung eines Gerätes eines bestimmten Herstellers nicht zur Begründung des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes für die freihändige Vergabe dienen kann. Nicht dargelegt wurde von der Universität Bern, dass die beiden Geräte von FEI tatsächlich dieselbe Software (in derselben Version) verwenden. Selbst wenn dem so wäre, gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kontinuität der Dienstleistung oder die Austauschbarkeit mit vorhandenem Material nur durch Beschaffung eines Gerätes mit gleicher Software möglich wäre. Denn die Forschung wäre, wie bereits erwähnt,

auch ohne Beschaffung eines zusätzlichen Geräts möglich und die Softwaresysteme der beiden Geräte sind, wie aus den Ausführungen der Parteien zu schliessen ist, nicht auf irgendeine Weise miteinander verbunden. Somit ist auch der Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 3 Bst. f ÖBV zu verneinen.

Im Allgemeinen ist festzustellen, dass die Universität Bern durch ihr Vorgehen im vorliegenden Fall den Grundsätzen des Beschaffungsrechts, wie beispielsweise der Wirtschaftlichkeit, des wirksamen Wettbewerbs und der Transparenz, nur ungenügend Rechnung getragen hat. Denn sie hat andere Anbieter, wie die vorliegend beschwerdeführende J., gar nicht in Betracht gezogen und dementsprechend keine klare Spezifikation ihres Auftrages und keine eingehende Prüfung, ob eine Alternative vorhanden ist, vorgenommen. Sie hat den Beschaffungsgegenstand mit Bezug auf eine bestimmte Handelsmarke umschrieben, ohne den Herstellern von alternativen Produkten die Möglichkeit zu bieten, darzulegen, dass sie die Bedürfnisse der Universität Bern gegebenenfalls ebenso abdecken könnten. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen.

2.4 *Entscheid*

Die Beschwerde hat im Beschaffungsrecht keine aufschiebende Wirkung (Art. 14 Abs. 3 ÖBG). Da die Universität Bern zulässigerweise den Kaufvertrag mit der FEI Europe B. V., Zweigstelle Zürich, bereits abgeschlossen hat, und sich die Beschwerde als begründet erweist, ist durch die Erziehungsdirektion festzustellen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig erfolgt ist (Art. 34 Abs. 2 ÖBV).

Die Feststellung der Rechtswidrigkeit bildet die Voraussetzung für die Geltendmachung von allfälligen Schadenersatzansprüchen gemäss Art. 10 ÖBG. Solche sind in einem separaten Klageverfahren nach VRPG geltend zu machen (Art. 14 Abs. 4 ÖBG).

3 *Verfahrenskosten*

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 2 Satz 1 VRPG).

Aus diesen Gründen entscheidet die Erziehungsdirektion:

1. Die Beschwerde wird *gutgeheissen*, soweit darauf eingetreten wird. Es wird festgestellt, dass die freihändige Vergabe der Beschaffung des Transmissionselektronenmikroskops FEI Tecnai G2 Spirit Bio TWIN rechtswidrig erfolgt ist.
2. Es werden *keine Verfahrenskosten* erhoben.
3. Zu eröffnen:
 - J., ... (Einschreiben)
 - *Universität Bern*, Rektorat, Hochschulstrasse 6, 3012 Bern (Einschreiben)

und mitzuteilen:
- *Amt für Hochschulen* (zur Kenntnisnahme)

Der Erziehungsdirektor

Bernhard Pulver
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann *innert 30 Tagen seit seiner Zustellung* schriftlich und begründet beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, Beschwerde geführt werden.