

Prof. Dr. iur. Tomas Poledna / Philipp do Canto

IT-Beschaffungen des Bundes: Freihändige Vergabe mit gebundenen Händen?

Die jüngsten Informatik-Grossaufträge der Bundesverwaltung und der SBB an Microsoft sorgen für Diskussionen. Kritiker werfen ein, die Aufträge seien an der Konkurrenz vorbei direkt vergeben worden. Ob der Verzicht auf die öffentliche Ausschreibung legitim war oder das Beschaffungsrecht des Bundes verletzt wurde, soll nun das Bundesverwaltungsgericht klären. Der folgende Beitrag geht auf wesentliche Fragen im Zusammenhang mit der freihändigen Vergabe der öffentlichen Aufträge ein.

Rechtsgebiet(e): Vergaberecht

Zitiervorschlag: Tomas Poledna / Philipp do Canto, IT-Beschaffungen des Bundes: Freihändige Vergabe mit gebundenen Händen?, in: Jusletter 18. Mai 2009

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts
 - 2.1 Zentralverwaltung: Plurilaterales Übereinkommen
 - 2.2 Bundesbahnen: Bilaterales Beschaffungsabkommen Schweiz-EU
3. Vergabeverfahren
 - 3.1 Offenes und selektives Verfahren
 - 3.2 Freihändige Vergabe
 - 3.2.1 Gründe und Beweggründe für die Direktvergabe
 - 3.2.2 Technische Besonderheiten des Auftrags und technische Abhängigkeit
 - a) Besonderheiten als Rechtfertigungsgrund
 - b) Abhängigkeiten als Warnsignal
 - 3.2.3 Kostenargument
4. Fazit

1. Ausgangslage

[Rz 1] Am 1. Mai 2009 wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt der Zuschlag für einen Dreijahres-Auftrag des Beschaffungsamts des Bundes BBL¹ betreffend «Verlängerung Lizenzen für standardisierten Arbeitsplatz Bund und aufbauende Anwendungen (Clients und Server), Wartung und (Third Level) Support» veröffentlicht.² Beauftragte ist die Microsoft-Niederlassung in Irland, das Auftragsvolumen beträgt 42 Mio. Franken.

[Rz 2] Vergabekriterien nennt der Eintrag nicht und als Begründung des Zuschlagsentscheids wird auf Art. 13 Abs. 1 lit. c der Beschaffungsverordnung des Bundes (VoeB)³ verwiesen. Mit der Bestimmung ist die direkte, freihändige Vergabe aufgrund bestimmter Besonderheiten des Auftrags gemeint.

[Rz 3] Demnächst wollen auch die Schweizerischen Bundesbahnen SBB eine vergleichbare Zuschlagsverfügung im freihändigen Verfahren veröffentlichen, nachdem sie ihre Informatikleistungen schon früher ohne Ausschreibung beim besagten Unternehmen bezogen haben.⁴

[Rz 4] Das Vorgehen von Bund und Bahn sorgt für Diskussionen. Die Presse und Parlamentarier monieren, die Aufträge seien an anderen IT-Anbietern vorbei direkt an den Softwarekonzern vergeben worden.⁵ Schweizer Anbieter von Open-Source-Lösungen⁶ werden gegen den Vergabeentscheid des BBL Beschwerde erheben. Weil von offizieller Seite nur wenige Informationen vorliegen, wird über die Hintergründe für die direkte Vergabe spekuliert.

[Rz 5] Bestätigt ist, dass die Informatikstrategie im Bund auf

höchster Ebene festgelegt wird, wofür der Bundesrat verschiedene Steuerungsorgane einsetzt. Auf Anbieterseite bemüht sich Microsoft-Präsident Bill Gates persönlich um den Grosskunden. Er traf Bundesrat Merz am World Economic Forum 2008, um «Fragen im Zusammenhang mit der Bedeutung von Microsoft für die Bundesverwaltung»⁷ und die «gemeinsamen Aktivitäten von Bund, Kantonen und Gemeinden zum Vorantreiben von E-Government in der Schweiz»⁸ zu erörtern. Der Konkurrenz wird es daher naturgemäss Mühe bereiten, den Startvorsprung des Marktführers wettzumachen. Umso wichtiger ist es, dass der Bund als Vergabestelle die Vorgaben des öffentlichen Beschaffungsrechts beachtet.

[Rz 6] Es wäre nicht zielführend, beim gegenwärtigen Stand der Kenntnisse das Vorgehen der Vergabestellen zu beurteilen; dies ist Sache der involvierten Parteien und Instanzen. Gleichermassen soll darauf verzichtet werden, die rechtlichen Konsequenzen zu umschreiben, sollte sich die Beschaffung als pathologischer Fall erweisen. Nachfolgend werden vielmehr materielle rechtliche Fragestellungen skizziert, mit denen sich das Bundesverwaltungsgericht als Beschaffungsgericht im Eintretensfalle zu befassen hat.

2. Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts

[Rz 7] Zunächst sind die fraglichen öffentlichen Aufträge in den beschaffungsrechtlichen Rahmen und dessen Anwendungsbereich einzuordnen.

2.1 Zentralverwaltung: Plurilaterales Übereinkommen

[Rz 8] Der grenzüberschreitende Zugang von Anbietern zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten der Staaten wurde im Rahmen des GATT und der wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit der EU ermöglicht. Das plurilaterale Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA)⁹ setzt die grundlegenden Verpflichtungen der Signatarstaaten fest und hat zum Ziel, die Liberalisierung des Welthandels voranzutreiben, indem die öffentlichen Aufträge durch transparente und nichtdiskriminierende Beschaffungsverfahren, mithin im Bieterwettbewerb, vergeben werden.¹⁰

[Rz 9] Das GPA umschreibt sowohl den persönlichen als auch den sachlichen Anwendungsbereich, d.h. die unterstellten Gemeinwesen einerseits und die erfassten Arten öffentlicher

¹ Bundesamt für Bauten und Logistik, Bern.

² SHAB Nr. 83 vom 1. Mai 2009, S. 27.

³ Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.11.

⁴ NZZ, 12. Mai 2009, S. 13; SHAB Nr. 93 vom 15. Mai 2006, S. 29.

⁵ Vgl. Beitrag «42 Millionen für Microsoft», NZZ online, 5. Mai 2009; Beitrag «Risiken der Microsoft-Strategie abklären», NZZ, 6. Mai 2009; Beitrag «Millionen sparen mit Open Source», NZZ, 8. Mai 2009; Beitrag in der Sendung 10vor10 vom 5. Mai 2009: sf.tv/sendungen/10vor10.

⁶ Informatiksysteme mit frei zugänglichem Quelltext.

⁷ Medienmitteilung der Bundeskanzlei, 23. Januar 2008.

⁸ Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements, 26. Januar 2008. Gleichzeitig wurde auch bekannt gegeben, dass die gesamte Bundesverwaltung auf Windows Vista und Office 2007 umgestellt werde.

⁹ ÜoeB, Government Procurement Agreement (GPA), SR 0.632.231.422. Das Abkommen soll demnächst revidiert werden.

¹⁰ Vgl. GATT-Botschaft I, BBI 1994 IV 1, 348 ff.

Aufträge andererseits. Die unterstellten Beschaffungsstellen des Bundes sind im Anhang I für die Schweiz des GPA nach Departementen einzeln aufgelistet. Die Einheiten der zentralen Bundesverwaltung¹¹ (und damit das BBL als ausführende Vergabestelle) fallen mit einzelnen Ausnahmen in den persönlichen Anwendungsbereich des GPA.¹²

[Rz 10] Der sachliche Anwendungsbereich des GPA unterteilt sich grob in Lieferungen, Dienstleistungen und Bauaufträge oberhalb bestimmter, jährlich anzupassender Schwellenwerte.¹³ Die einzelnen Auftragsarten werden im Anhang des GPA aufgelistet. Zur Bezeichnung der betreffenden Leistungen wird die zentrale Produktklassifikation (CPC) der Vereinten Nationen verwendet. Informatikdienstleistungen werden durch CPC-Ziffer 84 erfasst. Der Software-Auftrag des Bundes ist demnach eine GATT-Beschaffung.

2.2 Bundesbahnen: Bilaterales Beschaffungsabkommen Schweiz-EU

[Rz 11] Etwas anders verhält es sich mit den Aufträgen der SBB als öffentliches Unternehmen. Der Sektor Schienenverkehr ist dem GPA grundsätzlich nicht unterstellt. Eisenbahnunternehmen können nur deshalb unter das Beschaffungsrecht fallen, weil sich die EU und die Schweiz mit dem seit 1. Juni 2002 geltenden bilateralen Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BA) den gegenseitigen Zugang zu den betreffenden Beschaffungsmärkten gewähren.¹⁴ Erst über das BA werden vormals nicht dem GPA unterstellte Sektoren wie Schienenverkehr oder Energieversorgung neu aufgenommen. Art. 1 und 2 BA dehnen zudem den persönlichen Anwendungsbereich des GPA auf die Bezirks- und Gemeindeebene aus.¹⁵

[Rz 12] Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs, d.h. laut Legaldefinition «Vergabestellen, die entweder staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind oder die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, die ihnen zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit von einer staatlichen Behörde einer der Vertragsparteien gewährt wurden, und zu deren Tätigkeiten das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs

per Schiene gehört»¹⁶, unterstehen nunmehr der Ausschreibungspflicht. BA Anhang II B stellt für die Schweiz klar, dass dazu Eisenbahnunternehmen wie die SBB gehören.

[Rz 13] Allerdings können gemäss Art. 3 Ziff. 5 BA in vollständig liberalisierten Sektoren Ausnahmen gewährt werden, sobald davon ausgegangen werden darf, dass Aufträge nach rein betriebswirtschaftlichen Kriterien vergeben werden. Die Schweiz hat von dieser sog. «Ausklauklausel» Gebrauch gemacht und den Schienengüterverkehr vom Anwendungsbereich des BA ausgenommen.¹⁷ Zur SBB ist daher im Fazit festzuhalten, dass sie nur (aber immerhin) soweit unter das Submissionsrecht fällt, als nicht ihre Cargo-Einheit betroffen ist. Abgrenzungsprobleme können freilich entstehen, wenn Aufträge konzernübergreifend vergeben werden.

[Rz 14] Die öffentlichen Auftraggeberinnen stehen also in der Summe der beiden Staatsverträge (auch) gegenüber ausländischen Anbietern in der Pflicht, indem sie diesen einen diskriminierungsfreien Zugang zu den betreffenden Submissionen gewährleisten müssen. Mit der Vergabe nach Irland wurde diese Pflicht zumindest auf den ersten Blick durchaus erfüllt. Wie im Falle des Informatikauftrags für Microsoft sind es denn auch oftmals inländische Konkurrenten, die sich gegen eine Vergabe über die Landesgrenze hinaus wehren. Eine Inländerdiskriminierung können sie jedoch nicht geltend machen: Sollte sich nämlich herausstellen, dass der Auftrag öffentlich auszuschreiben gewesen wäre, wären inländische Anbieter wie solche aus den Abkommensstaaten gleichermassen übergangen worden.

3. Vergabeverfahren

3.1 Offenes und selektives Verfahren

[Rz 15] Art. VII GPA sieht für öffentliche Beschaffungen das offene und das selektive Verfahren sowie ausnahmsweise die freihändige Vergabe vor. Die völkerrechtlichen Vorgaben werden auf Bundesebene im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)¹⁸ und der VoeB übernommen und konkretisiert.¹⁹ Untersteht eine Vergabestelle dem Submissionsrecht des Bundes, kann sie nach Art. 13 Abs. 1

¹¹ GPA Anhang 2 befasst sich mit Beschaffungsstellen auf kantonaler Ebene.

¹² Einzelheiten vgl. *Galli Peter/Moser, André/Lang, Elisabeth/Clerc Evelyne*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band Landesrecht, Zürich 2007, Rz. 1.

¹³ Die Schwellenwerte werden jährlich durch das EVD angepasst und betragen im Dienstleistungsbereich derzeit CHF 248'950; Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009, SR 172.056.12. Zum Begriff des öffentlichen Auftrags vgl. *Frenz, Walter*, Beihilfe- und Vergaberecht, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Berlin 2007, Rz. 1980. BGE 135 II 49 E. 4.3 m.H.

¹⁴ SR 0.172.052.68.

¹⁵ Eingehend *Fetz, Marco*, öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: *Cottier/Oesch* (Hrsg.), SBVR XI, S. 484 ff.

¹⁶ Art. 2 Ziff. 2 lit. d BA.

¹⁷ Verordnung des UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht, SR 172.056.111. Differenzierend *Ganz, Georg*, Öffentliches Beschaffungswesen: Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen, AJP 2001, 975 ff.; *Galli Peter/Moser, André/Lang, Elisabeth/Clerc Evelyne*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 11.

¹⁸ SR 172.056.1 (i.Kr. 1. Januar 1996).

¹⁹ Vgl. insb. Art. 2 Abs. 1 lit. a BoeB, Art. 2a und Anhang 1 Ziff. 7 VoeB. Weitere Staatsverträge sind das EFTA- oder das Freihandelsabkommen von 1972. Die Kantone richten sich nach der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und kantonalen Erlassen; *Fetz, Marco*, öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, SBVR XI, S. 485 ff.;

BoeB wählen zwischen dem offenen und selektiven Verfahren. In beiden Fällen ist der Auftrag öffentlich auszuschreiben, wobei die Anbieter beim selektiven Verfahren gemäss Art. 15 Abs. 2 BoeB statt der unmittelbaren Angebotseinreichung zunächst den Antrag auf Teilnahme stellen. Hierauf selektiert die Vergabestelle die Anbieter, die am Wettbewerb teilnehmen dürfen.

3.2 Freihändige Vergabe

[Rz 16] Von Interesse ist vorliegend die direkte Vergabe. Nur beim freihändigen Verfahren nach Art. 16 BoeB kann die Auftraggeberin den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben.²⁰ Dieses Vorgehen bildet den Ausnahmefall, der laut Art. 13 Abs. 2 BoeB durch den Bundesrat näher und v.a. GPA-konform zu regeln ist. Diesen Ausnahmefall machen die Bundesverwaltung und -bahnen geltend, weshalb darauf näher einzugehen ist.

3.2.1 Gründe und Beweggründe für die Direktvergabe

[Rz 17] Die Voraussetzungen für das freihändige Verfahren gemäss Art. XV Ziff. 1 GPA sind in Art. 13 Abs. 1 lit. a – k VoeB aufgenommen worden. Danach darf die Vergabestelle den Auftrag etwa frei vergeben, wenn im offenen oder selektiven Verfahren keine oder nur ungeeignete Angebote eingingen oder bloss solche, die offensichtlich aufeinander abgestimmt wurden. Weitere zulässige Gründe für die freihändige Vergabe bestehen in der Dringlichkeit der Beschaffung sowie in unvorhersehbaren zusätzlichen Bauleistungen, die an den zuvor im Wettbewerb ermittelten Unternehmer vergeben werden dürfen. Sodann dürfen Güter an Warenbörsen frei beschafft werden, und auch Auftragsergänzungen an einen bisherigen Beauftragten sind unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig. Die Direktvergabe aufgrund der Besonderheiten des Auftrags wird noch zu vertieft zu betrachten sein. Weitere Fälle der freihändigen Vergabe werden sodann in Art. 36 VoeB umschrieben.

[Rz 18] Von diesen rechtlich anerkannten Gründen, bei denen die Vergabestelle unter Ausschluss der Konkurrenz mit dem Beauftragten kontrahieren kann, sind die möglichen Beweggründe für eine Direktvergabe zu unterscheiden. Beweggründe können im raschen und flexiblen Vorgehen und in der Vermeidung eines langwierigen Anfechtungsverfahrens bestehen. Die Motive vermögen den Verzicht auf die Ausschreibung zwar nicht zu begründen, werden jedoch immerhin mittelbar beim beschaffungsrechtlichen Rechtsschutz über verkürzte Rechtsmittelfristen, besondere Streitwertgrenzen und Bestimmungen zur aufschiebenden Wirkung berücksichtigt.

[Rz 19] Sodann fallen als unzulässige Beweggründe auch

unlautere Begünstigungsgeflechte in Betracht, die mit dem Beschaffungsrecht gerade eingedämmt werden sollen.²¹ Das Ansinnen des Korruptionsschutzes korreliert auch im Beschaffungswesen mit der Zielsetzung einer verstärkten Liberalisierung des Marktes.

[Rz 20] Es wird weiter das Argument geäussert, der Bund bzw. die SBB hätten die Aufträge nie öffentlich ausgeschrieben, weil die Stellen bereits vor Inkrafttreten des BoeB mit dem Softwarekonzern zusammengearbeitet haben.²² Ist die langjährige Geschäftsbeziehung bloss ein Beweggrund oder ein gesetzlich anerkannter Grund? Art. 13 VoeB lässt sich keine entsprechende Ausnahme von der Ausschreibungspflicht entnehmen. Zudem hält die Übergangsbestimmung von Art. 37 BoeB fest, dass das Gesetz insbesondere auf ohne Ausschreibung ausgehandelte Verträge anwendbar ist, die nach Inkrafttreten des BoeB am 1. Januar 1996 (bzw. 1. Juni 2002 betr. SBB) geschlossen wurden.²³ Dies wird hier ohne weiteres zutreffen, obwohl die Vergabestelle lediglich eine Verlängerung von Lizenzverträgen ins Feld führt.²⁴ Eine vorbestehende langjährige Zusammenarbeit zwischen einem Privatunternehmen und der Behörde hemmt die Ausschreibungspflicht daher nicht.

[Rz 21] Das BoeB bezweckt auf der andern Seite auch nicht, solche Beziehungen kraft Gesetzes zu beenden. Das Ziel ist vielmehr, dass die langjährige Zusammenarbeit unter der Geltung des Beschaffungsrechts im Wettbewerb mit der betreffenden Branche bestätigt werden muss, andernfalls der Zuschlag an einen andern Anbieter geht. Dass dabei unter Umständen eingespielte Geschäftsbeziehungen aufgelöst werden, nimmt das Submissionsrecht zu Gunsten transparenter und wirtschaftlicher Verwendung öffentlicher Mittel in Kauf.

3.2.2 Technische Besonderheiten des Auftrags und technische Abhängigkeit

a) Besonderheiten als Rechtfertigungsgrund

[Rz 22] Das BBL begründet die direkte Vergabe des Informatikauftrags mit dem eingangs erwähnten Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB. Die Bestimmung lautet wie folgt: «Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt

²⁰ Zum Einladungsverfahren als bundesgesetzlich nicht geregeltes, freihändiges Verfahren vgl. *Galli Peter/Moser, André/Lang, Elisabeth/Clerc Evelyne*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2007, Rz. 148 ff.

²¹ *Michel, Nicolas*, Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption, in: Marco Borghi/Patrice Meyer-Bisch/Dina Balleyguier (Hrsg.), *La corruption: l'envers des droits de l'homme*, Fribourg 1995, 224 ff.; *Galli Peter/Moser, André/Lang, Elisabeth/Clerc Evelyne*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2007, Rz. 737 ff, m.H.

²² Vgl. Beitrag «SBB-Auftrag an Microsoft ohne Ausschreibung», NZZ, 12. Mai 2009, S. 13 sowie die unter Fn. 5 zitierten Quellen.

²³ BRK 7/00 E. 3.c.

²⁴ Da es für die Verlängerung eines Zuschlags bedarf, ist davon auszugehen, dass die ursprünglichen Verträge (*Enterprise Agreements*) – zumindest im betreffenden Leistungsspektrum – befristet sind.

nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative.»

[Rz 23] Dieser Ausnahmetatbestand ist erfüllt, wenn das beauftragte Unternehmen als einziges in der Lage ist, das betreffende Produkt zu liefern oder die Bau- oder Dienstleistung zu erbringen. Zudem darf auch keine angemessene alternative Leistung in Betracht fallen. Da es sich bei Art. 13 VoeB um eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht handelt, ist die Regelung restriktiv auszulegen, d.h. der Begriff der Besonderheit des Auftrags ist eng zu fassen.²⁵ Die Beweislast für das Vorliegen der aussergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme erforderlich machen, trägt im Streitfall die Vergabestelle.²⁶

[Rz 24] Bei Softwarebeschaffungen kommen namentlich technische Besonderheiten in Frage. Die Aus- und Aufrüstung der Informatik und die Vereinheitlichung der Arbeitsplätze in der Bundesverwaltung stellt durchaus einen komplexen öffentlichen Auftrag dar. Der Entscheid, den Softwareanbieter zu wechseln, fällt daher naturgemäss schwerer als etwa jener, die «Gnägi»-Leibchen für die Armee nunmehr von einem Textilfabrikanten in Indien nähen zu lassen.²⁷ Es ändert zudem nicht nur der Anbieter, sondern mit ihm grosse Teile der Informatikumgebung, indem Server und Arbeitsplätze auf ein anderes System umgerüstet werden. Für eine öffentliche Ausschreibung bedingt dies, dass die Vergabestelle sich zunächst über den Leistungsumfang Klarheit verschaffen muss, was entsprechend aufwendige Ausschreibungsunterlagen erfordert.²⁸ Dies sind Erschwernisse, die aber nicht *a priori* als technische Besonderheiten im Sinne der zitierten Bestimmung gelten müssen.

[Rz 25] Auf der andern Seite argumentieren Branchenangehörige, namentlich Anbieter von Open Source Software, dass die Umstellung auf nicht proprietäre Software auch in unübersichtlichen Betriebsstrukturen technisch realisierbar sei. Entsprechend haben auch mehrere Gemeinwesen wie der Kanton Solothurn oder die Stadt München auf Linux-gestützte Systeme umgestellt.²⁹ Ob damit jedoch der Machbarkeitsbeweis für den Bund und die Bahn bereits erbracht ist, darf ebenso in Frage gestellt werden.

b) Abhängigkeiten als Warnsignal

[Rz 26] Neben allfälligen technischen Besonderheiten fallen beim direkten Zuschlag sodann Abhängigkeiten von der

Technik ins Gewicht, worin auch der Kern der Problematik zu erblicken ist. Indem das BBL und die SBB unter Berufung auf die technischen Besonderheiten des Auftrags von einer öffentlichen Ausschreibung absehen, deuten sie letztlich an, dass die Abhängigkeit vom proprietären Anbieter unterdessen so gross ist, dass ein Wettbewerb verunmöglicht wird: Die Einreichung von allenfalls wirtschaftlicheren Konkurrenzofferten, selbst für Teilbereiche wie Wartung und Support, erübrigt sich. Die Behörden sollten indes die vorhandenen technischen Hürden gar nicht erst derart hoch werden lassen, dass für weitere Beschaffungen ein Wettbewerb von vornherein ausgeschlossen ist. Die Forderung ist freilich in der Realität nicht einfach umzusetzen.

[Rz 27] Der Bundesrat hat die Problematik erkannt und in der Antwort auf eine entsprechende Interpellation im Jahre 2008 ausgeführt, dass sich die Abhängigkeit nicht vollständig beseitigen lasse: «Über eine Beschaffung im Wettbewerb [...] können die Risiken gemindert werden. Dadurch, dass in ausgewählten Gebieten eine Mehrproduktestrategie und entsprechende Rahmenverträge festgelegt werden, sowie mittels entsprechender Lizenzierungsstrategien können häufig für den Bund vorteilhafte Lizenzmodelle ausgehandelt werden. [...] Diese Massnahmen greifen jedoch bei marktbeherrschenden Stellungen von Software-Lieferanten nur beschränkt. [...] Entsprechend der Open-Source-Strategie (OSS) des Bundes praktiziert der Bund zwischen Open- und Closed-Source-Produkten eine Chancengleichheit, d.h. beide Produktarten werden nach denselben Prinzipien hinsichtlich Wirtschaftlichkeit, Sicherheit und Interoperabilität evaluiert und entwickelt.»³⁰

[Rz 28] Ein Beschaffungswettbewerb oder die Mehrproduktestrategie scheinen nun aufgrund des publizierten Zuschlags in freihändiger Vergabe gerade bei zentralen Informatikleistungen ausgeschlossen zu sein. Ob sich Sachzwänge dieser Natur unter den Tatbestand der technischen Besonderheit des Auftrags gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB subsumieren lassen, erscheint fraglich, ist jedoch auch nicht undenkbar, weil das Beschaffungsrecht nicht darauf ausgelegt ist, frühere strategische (Fehl-)Entscheide zu korrigieren. Diese Frage müsste vielmehr unter kartell-, aber auch staatshaftungsrechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden. Mit Blick auf das Gebot der wirtschaftlichen Allokation der öffentlichen Gelder ist die freihändige Vergabe von Aufträgen dieses Volumens ohne vorgängige Ausschreibung insgesamt aber als problematisch und diskussionswürdig einzustufen.

3.2.3 Kostenargument

[Rz 29] Es ist zudem umstritten, ob sich mit einer Umstellung auf Open Source längerfristig Ersparnisse für den Betrieb erzielen lassen, die allfällige Nachteile wie

²⁵ Vgl. Hinweise zur Rechtsprechung von *Beyeler, Martin* in: Stöckli (Hrsg), Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Aufl., Zürich 2008.

²⁶ BRK 7/00 E. 4b.; BRK 18/00 E. 2a; *Galli Peter/Moser, André/Lang, Elisabeth/Clerc Evelynne*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 160.

²⁷ Der Auftrag der Gruppe Rüstung führte zu parlamentarischen Anfragen zur «Einkaufspolitik» der Schweizer Armee, vgl. Amtl. Bull. NR 2003 1250.

²⁸ *Straub, Wolfgang*, Beschaffung komplexer Leistungen zwischen Vertragsfreiheit und Beschaffungsrecht, AJP 2005, 1330, 1331 f.

²⁹ Fallstudien (Case studies) bei Open Source Observatory and Repository der EU-Kommission, www.osor.eu.

³⁰ Amtl. Bull. NR, 21. Dezember 2007, Geschäfts-Nr. 07.3887 (Open-Source-Strategie für den Bund).

Kompatibilitätsprobleme oder Qualitätseinbussen sowie die geringere Akzeptanz der Mitarbeiter³¹ aufwiegen. Mit Blick auf die Mitarbeiterzahlen der Bundesverwaltung und der Bundesbahnen zeigt sich aber auch, dass bei möglichen Ersparnissen ein erheblicher Multiplikator wirken würde. Es ist daher sicherlich ratsam, im Vorfeld von Entscheiden dieser Tragweite einen Businessplan mit doppelter Buchhaltung zu erstellen.

* * *

[Rz 30] Gemäss Verlautbarung des Informatikrates des Bundes zum «Programm Büroautomation» in der Verwaltung sollen mit der Einführung eines einheitlichen elektronischen Arbeitsplatzes und der Umstellung auf Windows Vista und Microsoft Office 2007 denn auch das Einkaufsvolumen gebündelt und technische Synergien genutzt werden. Dies werde die Informatikkosten in der Bundesverwaltung massgeblich reduzieren.³²

[Rz 31] Das Kostenargument, sollte es im Rechtsstreit aufgeworfen werden, ist ebenfalls an Art. 13 VoeB zu messen. Aus beschaffungsrechtlicher Sicht ist mit der an sich begrüssenswerten Kostenreduktion noch keine freihändige Vergabe gerechtfertigt. Dass der langjährige Vertragspartner billiger leistet als bei früheren Aufträgen, stellt keinen der erwähnten Ausnahmefälle dar, der eine Fortsetzung des Exklusivverhältnisses begründet. Die Kostenreduktion stellt vielmehr die Benchmark dar, die als Zuschlagskriterium in den Wettbewerb um den Auftrag einfließen kann. M.a.W. fehlt vorliegend trotz Kostensenkung ein Preisvergleich zwischen dem begünstigten Anbieter und einer allfälligen Konkurrenzofferte. Verglichen werden sollte nicht (nur) mit früheren Angeboten, sondern v.a. mit *anderen* Angeboten.

4. Fazit

[Rz 32] Die aufgezeigten Umstände offenbaren letztlich ein der freihändigen Vergabe anhaftendes Legitimationsdefizit, das sich umso stärker auswirkt, je komplexer sich der Beschaffungsgegenstand darstellt. Kauft das Schatzamt nach Jahren schwarzer Zahlen auf einmal rote Tinte ein, vermag es den Entscheid mit einem Fingerzeig auf die Wirtschaftslage zu begründen. Handelt es sich jedoch um eine umfangreiche Standardisierung von elektronischen Arbeitsplätzen, so besteht in der Öffentlichkeit ein erhöhtes Erklärungsbedürfnis – insbesondere in Zeiten roter Zahlen.

Prof. Dr. Tomas Poledna ist Rechtsanwalt und Titularprofessor an der Universität Zürich lic. iur. Philipp do Canto ist Rechtsanwalt und ehem. Mitglied des Comité mixte des bilateralen Beschaffungsabkommens

³¹ Vgl. zur OSS-Strategie Solothurn den Beitrag «Kritik an der Pinguin-Strategie», Berner Zeitung online, 13. Mai 2009.

³² Medienmitteilung des Informatikstrategieorgans des Bundes, 27. Juni 2007.