

Rechtsprechung im Bereich IT-Beschaffungen

Marc Steiner

Der Referent äussert seine persönliche Meinung

Die Schwerpunkte:

- Arbeitshypothese: “Verbrannte Erde” nach dem Fall “Microsoft”? Nein!
- “Beweis”: Rechtsprechungshäppchen von “no spy”-Vorgaben bis freihändige Vergabe für fedpol-Software
- Fazit: Es gibt noch “etwas” Rechtsschutz.

“Verbrannte Erde” nach Microsoft?

Arbeitshypothese: Gelegentlich wird mit Hinweis auf BGE 137 II 313 “Microsoft” hinter mehr oder weniger vorgehaltener Hand gesagt, dass durch diesen Entscheid der Bereich der IT-Vergaben faktisch dereguliert sei. Richtig ist zwar, dass dieser Entscheid kritisiert wird (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 300 f. sowie Rz. 1320), aber die Erde ist prima facie weniger weitreichend verbrannt als unmittelbar nach dem Entscheid angenommen.

Legitimation / Freihänder

“[Die Vorinstanz] hat [zutreffend] erwogen, die Legitimation (von OSS-Anbietern) gegen Freihandvergaben (in casu an Microsoft) stehe nur potentiellen Anbietern zu. Die Stellung als potenzieller Anbieter sei davon abhängig zu machen, ob die vom Beschwerdeführer angebotene Leistung funktional der freihändig beschafften Leistung entspreche, ...” (BGE 137 II 313 E. 3.4 “Microsoft”; vgl. zur Legitimation allgemein neu BGE 141 II 14).

“Microsoft” – eine Nachlese

Das “Kennzeichen einer erfolgreichen Beschwerde” kann unmöglich Vorbedingung dafür sein, dass die Beschwerde zur Prüfung ihrer Begründetheit entgegengenommen wird (Fritz Gygi, auf den Fall angewandt in: Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 1319 f.).

Ausserdem gibt es auf jeden Fall Intrabrand-Wettbewerb zwischen Microsoft-Resellern, weshalb offen auszuschreiben ist.

<https://www.youtube.com/watch?v=UQkl79DycfQ>

SIMAP-Publikation vom 22. Juni 2011

Verwaltung lanciert für die gleichen Leistungen zwei Jahre später offenes Verfahren statt Freihänder.

- Punkt 1.7: Offenes Verfahren
- Punkt 2.5: Detaillierter Projektbeschrieb

Der Bund hat ein Microsoft Enterprise Agreement, das bis zum 31.12.2011 gültig ist (SIMAP-Publikation vom 01.05.2009). Mittels der vorliegenden Ausschreibung wird ein Microsoft LAR (Large Account Reseller) gesucht, der ein neues, indirektes Microsoft Enterprise Agreement anbietet. Die Laufzeit soll drei Jahre mit Start 1. Januar 2012 betragen.

Software-Ausschreibungen: Sicherstellung eines breiten Wettbewerbs

Wettbewerbsfunktion des Vergaberechts gemäss Art. 1 BöB ist auch ein Thema der Politikkohärenz. Oder anders gesagt: Wenn die EU-Kommission ein Riesenkartellverfahren gegen Microsoft wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung führt und dann in der eigenen IT-Beschaffungstätigkeit die Wettbewerbsfunktion vernachlässigen würde, wäre ihr Verhalten nicht konsistent. Das Instrument der strategischen Losvergabe nach Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB zeigt, dass sich der Staat – wenn er das will – gelegentlich schon ein Bild vom Markt macht.

HP gegen BBL / Urteil B-3526/2013

Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der Mittel gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c BÖB gibt dem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des «richtigen» Produkts zu erstreiten (E. 6.3).

Es liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle, welche Monitorgrösse sie festlegt und ob sie Vorgaben für den Energieverbrauch machen will. Das stimmt aber nicht bei diskriminierenden technischen Spezifikationen.

Wenn durch eine Anforderung der Anbietermarkt sehr eng wird, braucht es eine besonders gute Begründung für die entsprechende Anforderung (Zwischenverfügung B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.2).

Projektcontrolling / Urteil B-4958/2013

Grundsatz der Transparenz: Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden (E. 2.5.2).

Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken umschrieben werden (E. 2.5.3).

Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinne versteht (E. 2.6.1). Im Zweifel ist eine unklare Anforderung nicht im Sinne einer «Microsoft»-Vorgabe zu verstehen (E. 2.6.5).

Suchsystem Bund / Urteil B-364/2014

Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinne versteht (E. 6.3.1).

Im Zweifel ist eine unklare Anforderung betreffend die Kosten nicht so zu verstehen, dass auch fiktive Kosten hinzugerechnet werden, die für einen Microsoft-Anbieter wegen der unmittelbaren Anschlussfähigkeit seiner Lösung gar nicht entstehen (E. 6.3.3).

Fazit: Die versuchte Herstellung der Produktneutralität ist ein Ansatz, der im öffentlichen Interesse liegt. Das Ziel ist richtig, nur über die Methode der «fiktiven Kosten» lässt sich streiten (vgl. zu möglichen Alternativen E. 9 in fine).

No spy / swissness / Zwischenverfügung B-6646/2014 vom 19. Dezember 2014

Eignungskriterium für «Field-Support Partner»:
Es wird eine Bestätigung des Anbieters verlangt,
wonach er und alle Subunternehmer sich zur Mehrheit
in Schweizer Eigentum befinden.

Verfahren abgeschrieben mit Hinweis auf neue, mildere
Eignungsvorgabe -> Ausschreibung SIMAP 864695
(Publikationsdatum 23. April 2015)

Neues Eignungskriterium: Der Anbieter hat
sicherzustellen, dass die Datenbearbeitung
ausschliesslich in der Schweiz erfolgt.

fedpol / freihändige Vergabe / Zwischenentscheid B-562/2015 vom 21. April 2015

Selbst soweit die freihändige Vergabe in Betracht fällt, könnte jedenfalls darauf zu achten sein, dass die Vertragsdauer so gewählt wird, dass der Markt nicht zu lange zu ist (E. 4.6.2 i.V.m. E. 5.8.3).

Ausserdem stellt sich auch die Frage, ob in diesem Zusammenhang ein allfälliges Missverhältnis zwischen Grundauftrag und Optionen Beachtung findet (E. 4.6.2 i.V.m. E. 5.8.1).

Anbieterverdacht: Grundauftrag Unterhalt und Optionen Weiterausbau? (vergleichbares Problem Microsoft-Office-Umgebung)

Fazit

Es gibt nach wie vor IT-Vergaben als Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, vor allem ist auch die Zulässigkeit diskriminierender technischer Spezifikationen (“Microsoft”-Vorgabe) zumindest indirekt im Verfahren Finanzcontrollingsoftware Alptransit (B-4958/2013) angesprochen worden. Also keine total verbrannte Erde nach dem “Microsoft”-Fall!