

Die IT-Beschaffung im Lichte der Rechtsprechung

***Marc Steiner,
Bundesverwaltungsrichter****

****Der Referent äussert seine persönliche Meinung***

“Firmenpräsentation”

Bundesverwaltungsgericht (www.bvger.ch):

- Abteilung I Infrastrukturprojekte und Energie
- Abteilung II Wirtschaftsverwaltungsrecht
(Kartellrecht, Vergaberecht, Finanzmarktrecht
etc.)

Geschäftsverteilung gemäss Artikel 23 des
Geschäftsreglements (VGR) und dem Anhang dazu

Bundesrecht: Rechtsschutz

Art. XX Government Procurement Agreement:

Ziff. 2: Die Vertragsparteien legen nichtdiskriminierende, zügige, transparente und wirksame Verfahren fest, welche den Anbietern erlauben, gegen vermutete Verletzungen dieses Übereinkommens im Zusammenhang mit Beschaffungen, an welchen sie ein Interesse haben oder hatten, Beschwerde zu erheben (vgl. Art. XVIII revGPA).

Exkurs: BVGE 2011/17 Personalverleih

= Urteil B-1687/2010 vom 21. Juni 2011:

Während Informatikdienstleistungen GPA-unterstellt sind, trifft dies auf den Personalverleih nicht zu (E. 5.4).

Die vorliegende Beschaffung ist als Personalleihvertrag anzusehen, da die Vergabestelle nicht projektspezifisch rekrutiert und die Ausgestaltung der Verträge den Regeln über den Personalverleih entspricht (E. 5.5 f.).

Damit ist nichts gesagt über die Beurteilung ausufernden Personalverleihs aus dienstrechtlicher Sicht (E. 4 und E. 5.6 in fine). Auch nicht Gegenstand des Urteils ist die Frage, inwieweit durch Personalverleih die Personalstatistik im Sinne eines „schlanken Staates“ beeinflusst werden kann.

Weltwoche 27/2010 zum Urteil B-3402/2009 Microsoft

Behörden

Richter schützen träge Beamte

Von Daniel Glaus — Der Bund vergab einen Millionenauftrag ohne Wettbewerb an Microsoft. Die Konkurrenz blitzte vor Gericht ab. Das Urteil fördert die Verschwendung von Steuergeldern.

Exkurs: Art. 31 BÖB - Beschwerdegründe

Im Beschwerdeverfahren [vor Bundesverwaltungsgericht] kann die Unangemessenheit nicht gerügt werden.

Das ist die Ausnahme! Normalerweise lässt Art. 49 Bst. c VwVG die Rüge der Unangemessenheit ausdrücklich zu.

Art. 48 Abs. 1 VwVG - Beschwerdelegitimation

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer:

- a. vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat;
- b. durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist; und
- c. ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

Was gar nicht geht: Popularbeschwerde

Urteil B-3402/2009 Microsoft

- **Für die Beurteilung der Legitimation ist massgebend, ob die Beschwerdeführenden geltend machen, die nachgefragte Leistung für die Vergabestelle erbringen zu wollen (E. 3.2.5).**
- **Die Beschwerdeführerinnen sind nicht zu hören, soweit sie geltend machen, ein Anbieter sei zur Beschwerde legitimiert, wenn er vorbringt, der Vergabegegenstand sei in unzulässiger Weise so definiert worden, dass er von der Vergabe ausgeschlossen werde (E. 3.2.9).**

Urteil B-3402/2009 Microsoft

- **Handelt es sich vorliegend jedenfalls nicht in dem Sinne um ein Migrationsprojekt, dass ein komplett neues Informatiksystem eingeführt werden soll, so hätten die Beschwerdeführenden darlegen müssen, dass sie gewillt und in der Lage sind, auf der bestehenden Microsoft-Umgebung aufbauende Leistungen zu erbringen (E. 4.3). Daran ändert auch die Neuintegration der Software "Sharepoint" in das Enterprise Agreement nichts (E. 4.4).**

BGE 137 II 313 Microsoft

Die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstandes wird zum doppelrelevanten Sachverhalt: Sie bildet Gegenstand der materiellen Prüfung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt), aber zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für die Frage, wer überhaupt aufgrund des von ihm angebotenen Produkts legitimiert ist (E. 3.3.3).

BGE 137 II 313 Microsoft

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz verschiebe damit unzulässigerweise die Prüfung der Frage der materiellen Rechtmässigkeit in die Legitimationsprüfung. [...]

Durch die Verlagerung der Prüfung in die Eintretensfrage werde die Beweislast umgekehrt (E. 3.5).

B-822/2010 vom 10. März 2010

Soweit die Vergabestelle indessen darzulegen sucht, Anbieter von duktilen Gussrohren gehörten nicht derselben Branche an wie die Anbieter von Polyethylen-Rohren, ist sie nicht zu hören (E. 5.2 in fine).

Technische Spezifikationen I

Art. VI GPA:

Ziff. 3: Anforderungen oder Hinweise in bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnahmen, Patente, ..., bestimmte Produzenten oder Anbieter sind nicht zulässig. [Wenn man die Umschreibung mittels bestimmten Produzenten nicht vermeiden kann, muss der Vermerk “oder gleichwertig” angebracht werden.]

Technische Spezifikationen II

Art. 12 BöB:

Abs. 1: Die Auftraggeberin bezeichnet die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen.

Abs. 2: Sie berücksichtigt dabei soweit als möglich internationale Normen oder nationale Normen, die internationale Normen umsetzen.

Technische Spezifikationen III

Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB, auf welche sich die Beschwerdeführerin beruft, gibt dem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des “richtigen Produkts” zu erstreiten (Zwischenentscheid B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2).

Zwischenentscheid B-3402/2009

Erwägung 5.3:

Indessen kann nicht ausgeschlossen werden, dass [im Enterprise Agreement zumindest] Teilleistungen enthalten sind, die durch Partner von Microsoft ebenfalls, wenn auch vielleicht zu kommerziell weniger günstigen Bedingungen, erbracht werden können („Intrabrand-Wettbewerb“).

SIMAP-Publikation vom 22. Juni 2011

- 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.

Zuschlagskriterien I

Art. 32 VRöB und Art. 21 BöB:

Abs. 1: Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es können insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden:

Qualität, Preis, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, **Nachhaltigkeit**, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur.

Zuschlagskriterien II

Art. 32 Abs. 2 VRöB und Art. 21 Abs. 3 BöB:

Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter kann auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen.

-> Umkehrschluss: Je komplexer die Leistung, desto geringer die Bedeutung des Preises.

Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots

Im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes genießt die Vergabestelle ein weites Ermessen in Bezug auf die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien im Rahmen von Art. 21 BÖB. Es gibt einzig rechtliche Vorschriften für ein Mindestgewicht des Preises (20 Prozent). D.h. die Qualität kann bei komplexen Projekten ohne weiteres auch höher gewichtet sein als der Preis.

Fazit zu Anforderungen an das nachgefragte Produkt

- Sowohl im Rahmen der technischen Spezifikationen als auch im Rahmen der Zuschlagskriterien hat die Vergabestelle ein weites Ermessen, welches Preis-Leistungs-Verhältnis sie für die konkrete Vergabe anvisieren will. „What to buy“ ist grundsätzlich Sache der Vergabestelle, solange die technischen Spezifikationen nicht diskriminierend sind.

Art. 13 Abs. 1 lit. c VöB

Freihändige Vergabe ist zulässig, wenn ...:

- Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative
- **E contrario: Kommerziell optimales Ergebnis oder Investitionsschutz als solcher ist nicht das Argument?**

Art. 13 Abs. 1 lit. f VöB

Freihändige Vergabe ist zulässig, wenn ...:

- Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen müssen dem ursprünglichen Anbieter oder der ursprünglichen Anbieterin vergeben werden, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist.
- **Setzt voraus, dass irgendwann am Anfang einmal eine korrekte Ausgangsvergabe erfolgt ist?**

Wettbewerbszielsetzung und wirtschaftlich günstigstes Angebot

Die Norm betreffend die strategische Losvergabe nach Art. 21 Abs. 1^{bis} BÖB zeigt schön, dass die Zielsetzung der Herstellung von Wettbewerb wichtiger sein kann als diejenige des günstigsten Einkaufspreises. Die Frage ist nur, wie weit man derartige Abwägungsergebnisse vor Gericht erstreiten kann.

- **Danke für Ihre Aufmerksamkeit!**



Kontakt

Marc Steiner

Bundesverwaltungsgericht

Abteilung II

9023 St. Gallen

Tel. 068 705 25 74

marc.steiner@bvger.admin.ch