

Stolpersteine in der Beschaffung von IT-Produkten und -Dienstleistungen

Romeo Minini, lic. iur., Rechtsanwalt, Exec. MBA HSG

Die öffentliche Hand beschafft im Rahmen ihrer ordentlichen Geschäftstätigkeit regelmässig IT-Produkte und -Dienstleistungen. In der Praxis laufen diese Prozesse allerdings nicht immer reibungslos ab: Es werden Verfahrensregeln verletzt, Verzögerungen im Beschaffungsprozess treten auf oder Kosten werden überschritten. Die heutige Tendenz, die formellen Abläufe und Vorschriften überproportional zu gewichten, führt zu einer Verrechtlichung der Verfahren. Diesem Trend kann wirksam begegnet werden.

Die nachstehenden Ausführungen weisen auf einzelne Punkte hin, welche in der Praxis der Beschaffungsverfahren im IT-Bereich zu berücksichtigen sind. Allgemeine Patentrezepte, die Störungen im Beschaffungsprozess ausschliessen, können leider nicht angeboten werden, da die besonderen Verhältnisse in jedem Verfahren konkret zu würdigen und rechtlich zu beurteilen sind.

Komplexes Rechtssystem und Ermessensbetätigung

Bei der Vorbereitung ist von Beginn weg zu beachten, dass im Bereich des Beschaffungsrechts Staatsvertragsrecht, Bundesrecht, interkantoniales und kantonales Recht zur Anwendung gelangen. Zusätzlich ist die Verwaltungs- und Gerichtspraxis zu berücksichtigen. Diese hat namentlich im IT-Beschaffungsbe- reich zur Klärung von verschiedenen offenen Fragen, beispielsweise betreffend den technischen Spezifikationen oder den funktionalen Ausschreibungen beigetragen. Gleichzeitig gilt es, den durchaus erheblichen Ermessensspielraum auszunützen. Jedoch nicht zu weit, denn: Fehler in der Ermessensbetätigung, die in einer Überschreitung oder einer sachlich nicht gerechtfertigten, beziehungsweise willkürlichen Anwendung bestehen, können verfahrensrechtliche Stolpersteine darstellen.

Vertragsverhandlungen nach Abschluss des Submissionsverfahrens

Bei grösseren Beschaffungsvorhaben, wie etwa im Zusammenhang mit der Einführung eines IT-Gesamtsystems, schliessen die betroffenen Parteien umfassende, teilweise komplexe Vertragswerke ab. Obschon dieser Schritt an das Submissionsverfahren anschliesst, sind oftmals nur die Eckdaten der künftigen Vertragsgestaltung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten. Bekanntlich liegen die Schwierigkeiten bei komplexen Vertragswerken im Detail und entsprechend langwierig wird die Vertragsgestaltung: Neben den gesetzlichen Vorschriften spielen im IT-Bereich auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Informatikkonferenz (AGB SIK) sowie die AGB der einzelnen (Lieferanten-)Unternehmen eine wichtige Rolle. Aus den Submissionsunterlagen muss beispielsweise hervorgehen, ob die AGB SIK zur Anwendung gelangen, oder ob die AGB des Lieferanten gültig sind oder ob sie allenfalls wegbedungen werden. Bleiben diese Punkte ungeklärt, können Stolpersteine resultieren. Diese wirken sich allenfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt in den Vertragsverhandlungen aus und führen dazu, dass trotz gültigem submissionsrechtlichem Zuschlag schwerwiegende Störungen beim Vertragsabschluss auftreten. Präventiv sind diese Themen daher im Beschaffungsverfahren frühzeitig zu klären.

Beschaffungsgegenstand

Beim Start des Verfahrens müssen Gegenstand und Wert der Beschaffung bestimmt sein, denn sobald das Verfahren eröffnet ist, bleibt die Behörde an ihre Ausschreibung gebunden. Im schnelllebigen IT-Bereich kann die Frage auftreten, ob das Produkt nach Ablauf des Beschaffungsverfahrens und der Einführung nicht bereits veraltet ist und durch technisch ausgereifere oder preislich günstigere Produkte ersetzt werden müsste. Hinter dieser Frage können sich verschiedene Stolpersteine verbergen. Es gilt abzuwägen zwischen: einerseits zu viel behördlichem Pragmatismus, der erhebliche Verfahrensrisiken in sich birgt, und andererseits einer starren Haltung, die im Hinblick auf das angestrebte Ziel besser geeignete und allenfalls kostengünstigere Beschaffungen verhindern kann. In der Praxis haben sich verschiedene Vorgehensmöglichkeiten bewährt. Grundsätzlich ist eine Beschaffung in zeitlich gestaffelten Liefertranchen, vor allem bei schnelllebigen Produkten, zu prüfen, womit erreicht werden könnte, dass zum Zeitpunkt der vorgesehenen In-

betriebsnahme die Produkte dem aktuellsten Stand der Technik und Entwicklung entsprechen. Bekannte Stolpersteine können in einer allfälligen Missachtung von grundlegenden Verfahrensprinzipien lauern: Das Prinzip der Transparenz steht hier sicher an erster Stelle. Demnach muss in der Ausschreibung auf eine tranchenweise Lieferung hingewiesen werden. Zudem muss klar feststehen, welche Produkte bezüglich Qualität, technischem Stand und Preis bei jeder Tranche zu liefern sind. Bei der Bestimmung des Beschaffungswertes, der für die Festlegung des Beschaffungsverfahrens entscheidend ist, muss die Summe sämtlicher Liefertranchen eingesetzt werden, selbst wenn sich die Lieferung der einzelnen Komponenten über Jahre erstreckt.

Entscheidet sich die Vergabebehörde, nach Eröffnung des Verfahrens, zur Anpassung der Ausschreibungsmodalitäten, worin neue, allenfalls bisher nicht bekannte Aspekte erfasst werden, ist besondere Vorsicht geboten. Ein solcher Schritt sollte die Ausnahme darstellen. Wird dieser Weg trotzdem beschritten, müssen das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot strikte eingehalten werden. Es ist darauf zu achten, dass kein Teilnehmer im Verfahren eine bevorzugte Stellung einnimmt. Besonders heikel wird die Verfahrenssituation, wenn die Anregung zur Anpassung von einem Teilnehmer des Submissionsverfahrens stammt. Für die Behörde stellt sich daher von Anfang an die Frage, ob Varianten im Verfahren zuzulassen sind. Die Schwierigkeit bei einem Verfahren mit Varianten ist, dass die vorgängige Umschreibung der Kriterien die Vergleichbarkeit der Angebote ermöglichen muss. Andernfalls kann eine Situation, bei welcher Lösungen mit ungeeigneten Kriterien verglichen werden, ein Stolperstein mit erheblichen Verfahrensrisiken bedeuten.

Mögliche Begünstigung der favorisierten Unternehmung

Es ist keiner Beschaffungsstelle zu verargen, wenn sie im komplexen Bereich der IT-Dienstleistungen eine Zusammenarbeit mit einem Anbieter anstrebt, welcher bisher durch seine Leistungen überzeugt hat. Allenfalls besteht im Markt bei gewissen Produkten kein eigentlicher Wettbewerb, weil nur sehr wenige Lieferanten das gewünschte Produkt in der erforderlichen Qualität anbieten. Daher werden auch in einem Submissionsverfahren nur wenige Offerenten auftreten. Eine wirtschaftlich orientierte und pragmatisch operierende Behörde könnte unter solchen Umständen von Submissionsverfahren absehen und versuchen, das Produkt oder die Dienstleistung freihändig

zu vergeben. Dieses Vorgehen ist umso verständlicher, wenn die mit einem Submissionsverfahren verbundenen Kosten und zeitlichen Verzögerungen betrachtet werden.

Stolpersteine können auch bei der Umschreibung der technischen Spezifikationen auftreten, nämlich dann, wenn eine Behörde im Beschaffungsverfahren die technischen Spezifikationen derart festlegt, dass diese nur noch von einer einzigen Firma erfüllt werden können. Spezifikationen dürfen sich nicht diskriminierend auswirken, was zutreffen würde, wenn bestimmte Anbieter durch die Umschreibung der Spezifikationen gezielt bevorzugt oder benachteiligt werden. Wie schmal die Gratwanderung für die Behörde sein kann, zeigt sich darin, dass allenfalls eine freihändige Vergabe anzuwenden ist, sofern die Anforderungen an die Beschaffung derart ausgestaltet sind, dass von vornherein nur ein Produkt oder nur ein Anbieter in Frage kommt. Bieten jedoch verschiedene Anbieter dasselbe Produkt an, kann der Wettbewerb wiederum spielen und eine freihändige Vergabe kann einen Stolperstein bedeuten.

Die Vergabestelle kann unter bestimmten Voraussetzungen ein Beschaffungsverfahren auch abbrechen, wobei ein solcher Schritt nicht leichtfertig vorgenommen werden darf. Allenfalls kann nach einem Verfahrensabbruch eine Vergabe im freihändigen Verfahren erfolgen. Stolpersteine können dann auftreten, wenn Verfahrensabbruch und anschliessende freihändige Vergabe nicht gerechtfertigt sind.

Die Beschaffungsstelle darf gescheitert werden

Zurzeit wird das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungsrecht revidiert. Vorgesehen ist, in Analogie zum Verfahren nach EU-Recht, dass die Behörde mit möglichen Anbietern in einer ersten Phase in einen Dialog tritt. Dabei werden die Anforderungen an das Produkt oder der Leistungskatalog festgelegt. Anschliessend kann mit denselben Anbietern ein eigentliches Submissionsverfahren zustande kommen. Ansatzweise findet dieser Dialog bereits nach geltendem Recht statt. In der Praxis bereits etabliert ist der Weg über die funktionale Ausschreibung. Die Behörde umschreibt die zu beschaffenden IT-Leistungen in einem Leistungsprogramm anhand der konkreten Eckwerte, welche möglichst präzise dargelegt werden und eine Vergleichbarkeit der Angebote ermöglichen müssen. Stolpersteine können bei der Umschreibung der Eckwerte, insbesondere im Bereich der technischen Spezifikationen, auftreten.

Fazit und Empfehlung

Das Beschaffungsverfahren ist namentlich im IT- Bereich professionell zu planen, auf mögliche Stolpersteine vor- gängig auszuloten, und diese sind im Projektverlauf ge- zielt zu umschiffen. Die an das Verfahren anschliessende Vertragsgestaltung ist mit zu berücksichtigen. Damit künf- tige, technisch bessere und allenfalls kostengünstigere Lösungen mit starren Verfahren nicht verbaut werden, sind die in der Praxis bewährten Verfahrensmöglichkeiten auszuschöpfen. Auch im dynamischen IT-Bereich tragen die Verfahrensvorschriften dazu bei, den Wettbewerb zu fördern und der Behörde die wirtschaftlich günstigsten und für den konkreten Bedarf zugeschnittenen Produkte und Dienstleistungen zu verschaffen. □