

DOMENIG  **PARTNER**
RECHTSANWÄLTE AG



Unabhängigkeit bei ICT- Beschaffungen, ein wertvolles Gut!

IT-Beschaffungskonferenz 2023,
Fachsession 3: Beschaffung von Open Source Software



Chantal Lutz
Head of IT Law



Cédric Miehle
Head of Construction Law

Bern, Schweiz

22. August 2023



UNABHÄNGIGKEIT BEI ICT-BESCHAFFUNGEN

Agenda

Problematik

Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Würdigung

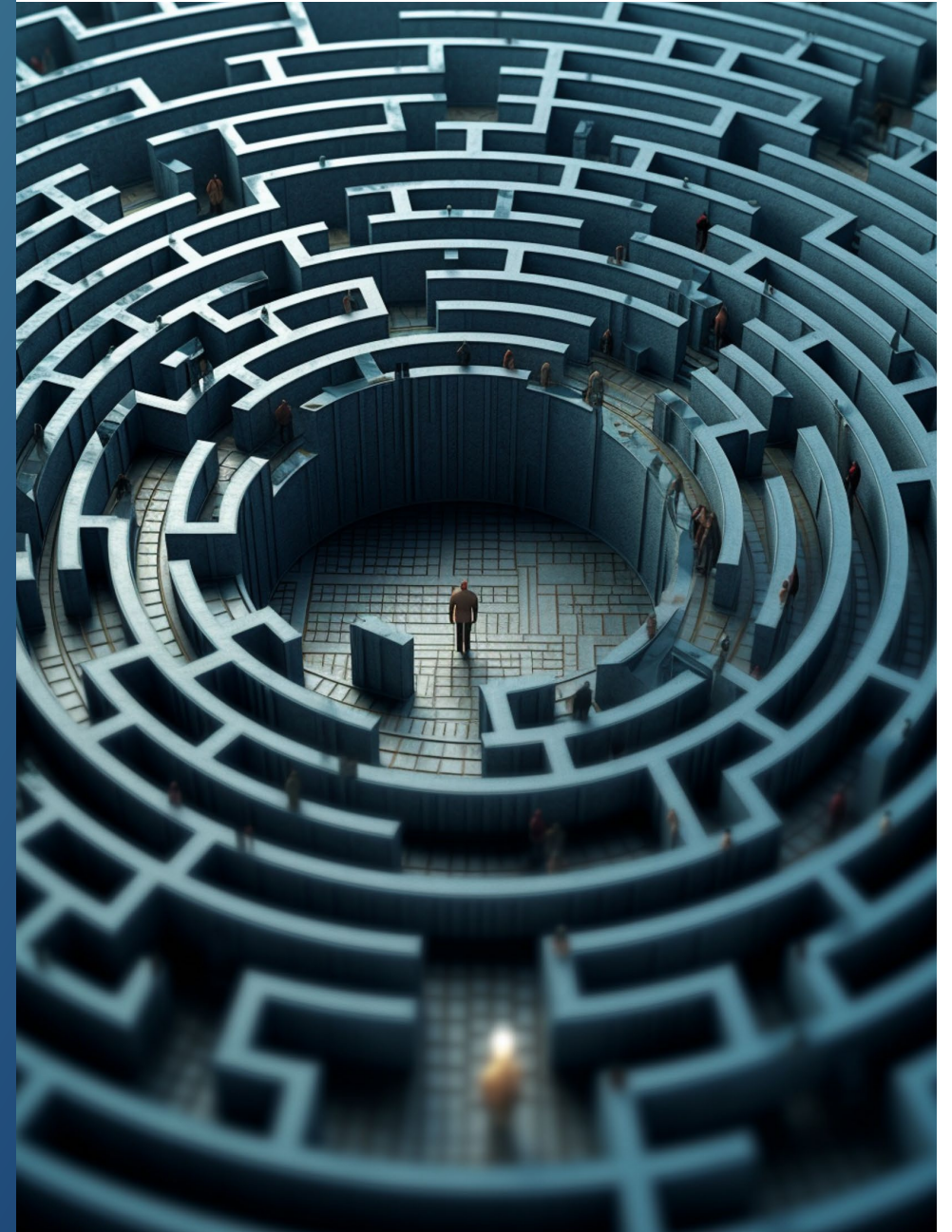
Lösungsvorschlag



UNABHÄNGIGKEIT BEI ICT-BESCHAFFUNGEN

Problematik

Im Bereich der Bundesverwaltung wurden im Jahr 2020 von 1'321 Vergaben über dem WTO-Schwellenwert, deren 610 Vergaben im überschwelligen freihändigen Verfahren vergeben. Es wurden somit 46,1% der Vergaben überschwellig freihändig vergeben, obwohl es sich bei der überschwelligen Freihandvergabe um einen Ausnahmetatbestand handelt. In absoluten Zahlen wurden somit CHF 3.92 Mill. von insgesamt CHF 8.11 Mill. überschwellig freihändig vergeben.



ART. 21 ABS. 2 BÖB

Rechtliche Grundlage

Art. 21 Freihändiges Verfahren

² Die Auftraggeberin kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- a. Es gehen im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren keine Angebote oder keine Teilnahmeanträge ein, kein Angebot entspricht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung oder den technischen Spezifikationen oder es erfüllt keine Anbieterin die Eignungskriterien.
- b. Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte, dass alle im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren eingegangenen Angebote auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beruhen.
- c. Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur eine Anbieterin in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative.
- d. Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung so dringlich, dass selbst mit verkürzten Fristen kein offenes oder selektives Verfahren und kein Einladungsverfahren durchgeführt werden kann.
- e. Ein Wechsel der Anbieterin für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen ist aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich, würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substantielle Mehrkosten mit sich bringen.
- f. Die Auftraggeberin beschafft Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf ihr Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden.
- g. Die Auftraggeberin beschafft Leistungen an Warenbörsen.
- h. Die Auftraggeberin kann Leistungen im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit zu einem Preis beschaffen, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt (insbesondere bei Liquidationsverkäufen).
- i. Die Auftraggeberin vergibt den Folgeauftrag an die Gewinnerin eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs oder eines Auswahlverfahrens zu Planungs- oder Gesamtleistungstudien; dabei müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:
 1. das vorausgehende Verfahren wurde in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Gesetzes durchgeführt;
 2. die Lösungsvorschläge wurden von einem unabhängigen Expertengremium beurteilt;
 3. die Auftraggeberin hat sich in der Ausschreibung vorbehalten, den Folgeauftrag freihändig zu vergeben.

Verteilung der überschwelligen Freihandvergaben im Jahr 2020



Dringlichkeit	Sicherheit, Schutz, Gesundheit	Folgeaufträge	Technische Besonder- heiten etc.
CHF 75 Mio.	CHF 424 Mio.	CHF 425 Mio.	CHF 1.49 Mill.

UNABHÄNGIGKEIT BEI ICT-BESCHAFFUNGEN

Problemfelder

- Die Problemfelder sind bei überschwelligen freihandvergaben offensichtlich technische oder künstlerische Besonderheiten der Vergabegegenstände oder der Schutz des geistigen Eigentums und Folgeaufträge aufgrund bestehender Abhängigkeiten.



RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Sachzwänge

Bei einer überschwelligen Freihandvergabe ist bereits relevant und zu prüfen, ob eine frühere und möglicherweise unzulässige Beschaffungsstrategie dazu führt, dass ein Markt weiterhin abgeschottet wird und anderen potentiellen Anbietern nicht mehr offen steht. Zudem setzen Folgebeschaffungen einen vergaberechtskonformen Grundauftrag voraus.

Wenn Sachzwänge vorliegen, können sich langjährige Abhängigkeiten von einem proprietären Anbieter ergeben, die einen vom Beschaffungsrecht beabsichtigten Wettbewerb faktisch verunmöglichen. Wenn sich die Einreichung von allenfalls wirtschaftlicheren Konkurrenzofferten selbst für Teilbereiche wie Wartung und Support erübrigt, ist das ein grosses Warnsignal, dass solche Sachzwänge vorliegen. Obwohl das Beschaffungsrecht als Zweck die Verhinderung von Kollusionen hat, sind die Mittel des Vergaberechts diese Abhängigkeiten und allenfalls kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweisen zu lösen, nur begrenzt vorhanden. Dies bedeutet aber nicht, dass eine eingeschlagene Beschaffungsstrategie nicht mehr korrigiert werden darf bzw. sogar korrigiert werden muss.

Die überschwellige freihändige Vergabe zugunsten eines einmal ausgewählten ursprünglichen Anbieters muss auf zwingenden, von Art. 21 Abs. 2 Bst. e BÖB legitimierten Gründen, und nicht aufgrund bestehender Sachzwänge beruhen. Zu hohe Kosten beim Wechsel des Anbieters, zusätzlicher Aufwand und/oder mehr Zeitbedarf bei einem Wechsel eines Anbieters oder einer Bau- oder Dienstleistung sind in aller Regel unzureichende Gründe für eine überschwellige freihändige Vergabe.

Die Vergabestelle hat stichhaltig und schriftlich zu begründen, weshalb es an der Austauschbarkeit fehlt.



RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Technische Besonderheiten/Schutz des geistigen Eigentums

Erstvergaben, als überschwellige Freihandvergaben, sind gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. c BÖB nur dann zulässig, wenn ein Auftrag aufgrund seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur an einen bestimmten Anbieter erteilt werden kann. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn dieser Anbieter angemessener Alternativen als einziger in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern beziehungsweise eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen. Zur Rechtfertigung der überschwelligen Freihandvergabe ist der Auftraggeber nicht nur zur Dokumentierung der technischen Gründe verpflichtet, sondern er muss auch glaubwürdig darlegen und nachweisen, dass diese Gründe die überschwellige Freihandvergabe unbedingt erforderlich machen.

Die Vergabestelle kann sich nicht auf Art. 21 Abs. 2 lit. c BÖB berufen mit der Argumentation des Vorliegens von rechtlichen Besonderheiten, wenn die Ausschliesslichkeitsrechte, die bei einem bestimmten Anbieter liegen, auf einen durch die Vergabestelle zu einem früheren Zeitpunkt vergebenen Vertrag zurückzuführen sind, in dem sich die Vergabestelle den Erwerb dieser Rechte hätte ausbedingen können. Die Vergabestelle ist bei ihren Vertragsschlüssen dazu verpflichtet, darauf zu achten, wettbewerbsausschliessende Situationen zu vermeiden.



LÖSUNGSVORSCHLAG

Open Source Software (OSS)

«Als OSS wird Software bezeichnet, deren Quellcode offengelegt wird und die **von jedermann lizenzgebührenfrei benutzt, studiert, verändert, weiterentwickelt und weitergegeben werden darf**. Die Verbreitung erfolgt üblicherweise mittels Lizenz, eine Lizenzgebühr wird jedoch nicht geschuldet.»
(BfI 2022 804 vom 4. März 2022, S. 36).





LÖSUNGSVORSCHLAG

Open Source Software (OSS)

Kostenpflichtige Beschaffung folgender Leistungen:

- Entwicklung (falls noch nicht bestehend), Anpassung, Weiterentwicklung
- Beratung, Integration, Schulungen
- Betrieb, Wartung, Support

Generelle Vorteile:

Förderung Kultur der Zusammenarbeit, Interoperabilität von Systemen zwischen Behörden/Privaten, Verbreitung gleicher Standards (Sicherheit, Entwicklung, Datenschutz bzw. «Privacy by Design»), Kostenteilung bei Weiterentwicklung, Lieferantenunabhängigkeit, Vorbeugen gegen Fachkräftemangel, OSS entspricht der konsequenten Umsetzung von Open Government Data



LÖSUNGSVORSCHLAG

Open Source Software

Art. 21 Freihändiges Verfahren

² Die Auftraggeberin kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- Aufgrund der **technischen (...) Besonderheiten** des Auftrags oder aus Gründen des **Schutzes geistigen Eigentums** kommt **nur eine Anbieterin in Frage**, und es gibt keine angemessene Alternative.
 - ✓ **Aufgrund der freien Verfügbarkeit des Quellcodes inkl. Dokumentation kann sich grs. «jeder» das notwendige Wissen zur Software aneignen und diese verändern. Das Argument des geistigen Eigentums greift nur noch dort, wo noch kein vergleichbares OSS-Produkt auf dem Markt existiert und eine Eigenentwicklung nicht in Frage kommt.**
- Ein **Wechsel der Anbieterin** für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen ist aus wirtschaftlichen oder **technischen Gründen** nicht möglich, würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen.
 - ✓ **Das Argument der Sachzwänge schlägt fehl, weil zumindest die beschaffende Bundesbehörde bei einer Eigenentwicklung den Quellcode i.d.R. frei verfügbar machen muss und in die OSS-Community investieren sollte.**
 - ✓ **Künstliche Intelligenz kann neuen Anbieter bei der Programmierung von Weiterentwicklungen bzw. der Wartung der OSS unterstützen.**



LÖSUNGSVORSCHLAG / VORGEHEN

Beschaffungs- rechtliche Überlegungen

ENTSCHEID: OPEN SOURCE ODER PROPRIETÄR?

EMBAG: Verbesserungen am Code müssen neu der Öffentlichkeit bereitgestellt werden. Lediglich bei Sicherheitsbedenken oder wenn Teile der Software proprietär sind, kann von der Veröffentlichung abgesehen werden.

Inwiefern wird die Abhängigkeit tatsächlich reduziert?

Welche «versteckten Aufgaben» bringt die Veröffentlichung des Source Codes mit sich?

KORREKTE DEFINITION DES BESCHAFFUNGSGEGENSTANDS

Vorgabe Lizenzart und Verweis auf etablierte Lizenzbedingungen (Eignungs- oder Zuschlagskriterium), Haftungsausschluss, Betriebsvorgaben

AUFBAU OPEN SOURCE COMMUNITY: BETREUUNG?

OSS soll künftig vom Bund öffentlich zur Verfügung gestellt werden. Ohne anfängliche Betreuung erfolgt ggf. keine Community Building und der positive Effekt der Qualitätsverbesserung realisiert sich nicht. Insbesondere dort, wo die Software vom Gemeinwesen (bspw. Gemeinden) genutzt wird, muss sich die Behörde im Klaren darüber sein, welche Betreuungspflichten sie über die Bereitstellung des Quellcodes hinaus hat.



LÖSUNGSVORSCHLAG / VORGEHEN

Vertragliche Massnahmen

RICHTIGE OSS-LIZENZ INTEGRIEREN

- Vgl. Liste auf [Licenses – Open Source Initiative](#)
- Filtermöglichkeit: «**Popular / Strong Community**»
- Zukunftsgerichtete Strategie, indem Lizenzen mit **starkem Copyleft-Effekt** gewählt werden (bspw. <https://opensource.org/license/agpl-v3/>):

«The GNU Affero General Public License is a free, copyleft license for software and other kinds of works, specifically **designed to ensure cooperation with the community in the case of network server software.**»

KNOWHOW-TRANSFER

Bspw. Betrieb des Services-Desks / Wartung von Bestandteilen, die Standard-Software darstellen

SERVICE KONTINUITÄT SICHERSTELLEN

Option ziehen für Übertragung des Services an einen neuen Wartungspartner

AUFBAU OPEN SOURCE COMMUNITY

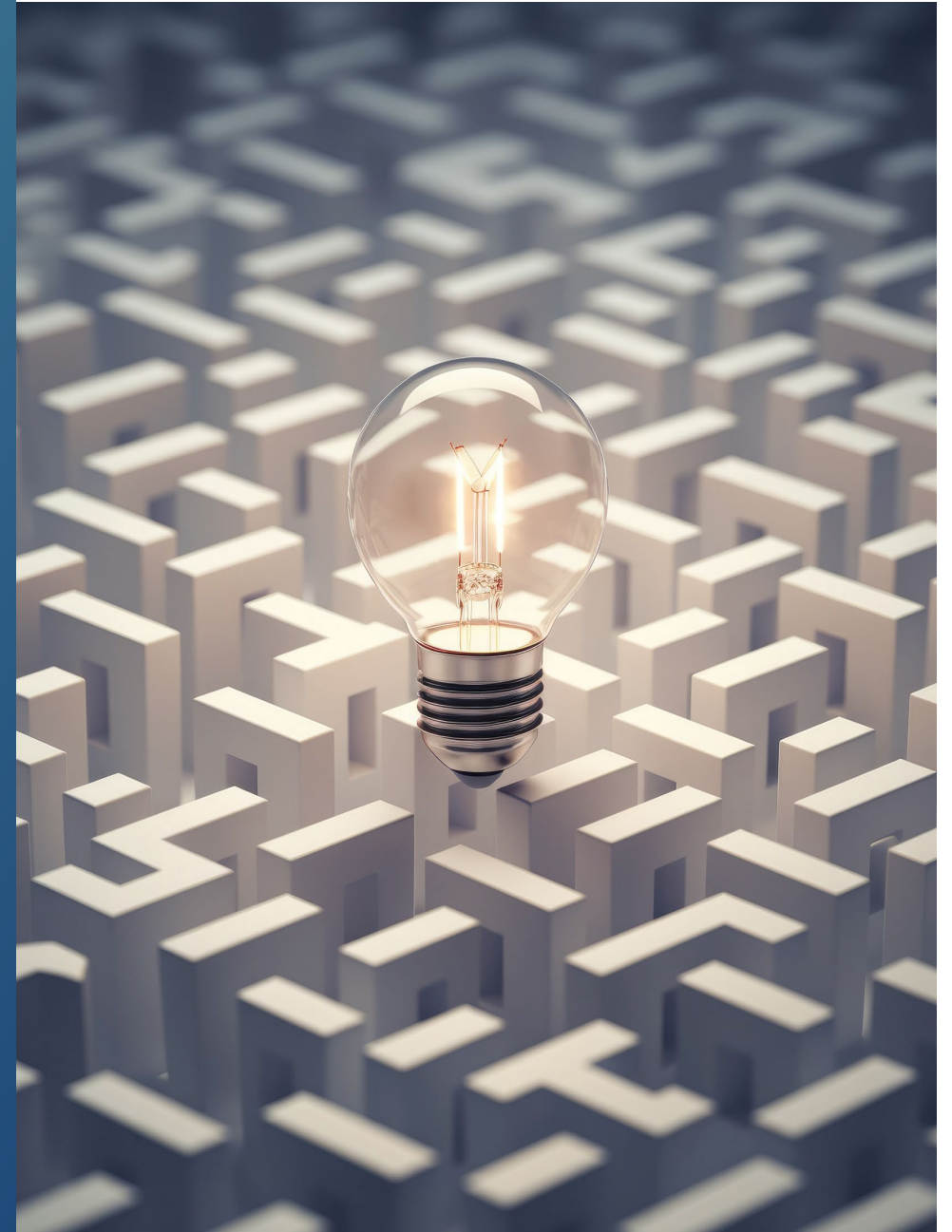
Option, dass Lieferant bei Aufbau der Community unterstützt.



UNABHÄNGIGKEIT BEI ICT-BESCHAFFUNGEN

Key Takeaways

- **Anfängliche Freihänder reduzieren:** Argument der technischen Besonderheiten oder des geistigen Eigentums schlägt fehlt, insbesondere bei starker Community und starkem Copyleft
- **Nachgelagerte Freihänder verhindern:** Open Source Software reduziert die Abhängigkeit vom Hersteller bei der Wartung / Weiterentwicklung





DOMENIG & PARTNER

Kontakt

Domenig & Partner
Rechtsanwälte AG
Laupenstrasse 1
CH-3008 Bern

Tel: +41 31 380 11 00
info@domenig.law

