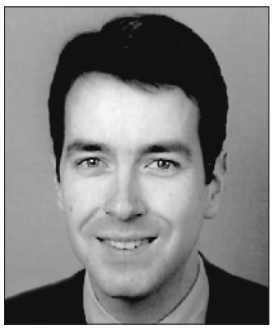
Beschaffung komplexer Leistungen zwischen Vertragsfreiheit und Beschaffungsrecht



Dr. WOLFGANG STRAUB,
LL.M., Rechtsanwalt, Bern

Inhaltsübersicht:

1. Ziele des Beschaffungsrechts
2. Interessen- und Risikoanalyse als Ausgangspunkt
3. Fortlaufende Konkretisierung des Beschaffungsgegenstandes
4. Geistiges Eigentum an Offertunterlagen
5. Due Diligence-Prüfungen durch die Anbieter
6. Assessment des Leistungserbringers
7. Übernahmeoptionen
8. Public Private Partnerships
9. Variable Preismechanismen
10. Vertragsimplementation und Change Management

1. Ziele des Beschaffungsrechts

Manchmal entsteht der Eindruck, Beschaffungen der öffentlichen Hand seien von solchen in der Privatwirtschaft grundsätzlich verschieden. Das Beschaffungsrecht[1] will den ökonomisch effizienten Einsatz öffentlicher Mittel sicher stellen[2]. Bei öffentlichen Beschaffungen sind daher im Prinzip die gleichen Methoden und Instrumente einzusetzen, welche sich auch in der privatwirtschaftlichen Beschaffungspraxis bewährt haben.

Dieser Ausgangspunkt wird durch das Beschaffungsrecht jedoch in verschiedener Hinsicht konkretisiert und relativiert: Es will *Transparenz* des Vergabeverfahrens gewährleisten: Jede(r) Interessierte soll abwägen können, ob sie oder er[3] sich an einer Ausschreibung beteiligen will. Zudem verpflichtet das Beschaffungsrecht zur *Gleichbehandlung* der Anbieter und zur Wettbewerbsneutralität.

2. Interessen- und Risikoanalyse als Ausgangspunkt

Gute Verträge sind die Antwort auf eine bestimmte *Interessen- und Risikokonstellation* unter den gegebenen Marktverhältnissen.[4] Einzelne Risiken können durch vertragliche Instrumente eliminiert oder verringert werden (z.B. Escrow von Dokumenten im Hinblick auf einen Insolvenzfall des Leistungserbringers). Andere Risiken lassen sich allenfalls auf die Gegenpartei überwälzen (z.B. Regeln über die Haftungsverteilung).

Bereits vor einer öffentlichen Ausschreibung sollte sich der Auftraggeber über die eigenen *Interessen* klar werden und die mit dem Projekt[5] verbundenen *Risiken*[6] analysieren[7] – vielleicht ergibt sich daraus auch rechtzeitig die Einsicht,

Für wertvolle Hinweise und Anregungen danke ich Frau Fürsprecherin MANUELA GERBER-GEBERT sowie den Herren Dr. CHRISTIAN BOCK, FABIO BOSSI, Dr. ANDRÉ HOLZER, Dr. THOMAS LEIMGRUBER, STEPHAN ROTHENBÜHLER, PETER TRACHSEL, Prof. Dr. FRIDOLIN WALTHER und MARCO ZOLIN-MEYER. Für allfällige Irrtümer und Irrmeinungen bleibe ich allerdings alleine verantwortlich.

1 Der vorliegende Beitrag geht primär vom Beschaffungsrecht des Bundes aus und verweist nur punktuell auf die Bestimmungen der IVoeB. Vgl. zu den Unterschieden zwischen eidgenössischem und kantonalem Recht generell JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, Freiburg 2003, auch verfügbar unter www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00591/index.html?lang=de.

2 Vgl. Art. 1 BoeB und Art. 2 FHG sowie Art. 1 und 11 IVoeB.

3 Wenn nachfolgend von Anbietern, Leistungsbezügern etc. die Rede ist, sind damit jeweils auch Anbieterinnen, Leistungsbezügerinnen etc. gemeint.

4 Vgl. dazu auch WOLFGANG STRAUB, Welchen Beitrag kann die Vertragsgestaltung zum Erfolg von IT-Outsourcingprojekten leisten?, e-Gov Präsenz 1/2005, 30 ff.

5 Der Begriff des *Projekts* wird im vorliegenden Beitrag weit gefasst und beinhaltet über zeitlich beschränkte Vorhaben hinaus auch Langzeitdienstleistungsverträge.

6 Ein Beschaffungsvorhaben ist nicht nur – aber auch – auf Schadensrisiken hin zu analysieren. Zu den Risiken gehört z.B. die Gefahr der eigenen Haftung gegenüber Dritten für Schäden in Zusammenhang mit fehlerhaften IT-Leistungen. Vgl. zu Haftungsfragen in Zusammenhang mit IT-Dienstleistungen DAVID ROSENTHAL, Haftungsfragen nicht vernachlässigen: komplexe Haftungsfragen beim Auslagern von Informatik-Dienstleistungen, Digma 2001, 171–175; ERNST A. KRAMER, Haftung für IT-Dienstleistungen; privatautonome Risikosteuerung und rechtliche Rahmenordnung bei komplexen Langzeitverträgen, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FELIX HAFNER/GERHARD SCHMID/KURT SEELMANN (Hrsg.), Risiko und Recht; Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Genf/München und Bern 2004, 113 ff.; ROLF H. WEBER, Haftungsgrundlagen beim IT-Outsourcing, in: ROLF H. WEBER/MATHIS BERGER/ROLF AUF DER MAUR (Hrsg.), IT-Outsourcing, Zürich/Basel/Genf 2003, 117 ff., und WOLFGANG STRAUB, Wer haftet für ungenügende Sicherheit von Informationssystemen? Digma 2003, 26 ff.

7 Vgl. dazu RAINER SCHUMACHER, Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2004, 1055 ff.; LUKAS WYSS, Juristisches Risk Management und Hedging als Mittel zur Risikokontrolle, dargestellt am Beispiel von

dass die entsprechenden Leistungen intern erbracht werden sollten. Neben Projektrisiken wie Verzögerung, Verteuerung oder mangelhafter Leistungserbringung gibt es auch *Chancen* (z.B. vorzeitige Erfüllung, Kosteneinsparungen, Übererfüllung gewisser qualitativer Kriterien). Auch diese sind in die Planung einzubeziehen. Ihnen kann z.B. durch vertragliche Regeln zur Verteilung allfälliger Kosteneinsparungen Rechnung getragen werden.

Damit Dienstleistungen die Charakteristika eines standardisierten Produkts erhalten, muss ihre *Qualität* definiert und messbar gemacht werden (z.B. Reaktionszeiten, Verfügbarkeit, Performance). Die Eckpunkte der zu erbringenden Leistungen müssen daher in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten werden (z.B. in Pflichtenheften oder Muster-*Service Level Agreements*). Die Ausschreibungsunterlagen sollten auch bereits Angaben darüber enthalten, wer was wie häufig und in welcher Tiefe überprüft und welche Konsequenzen das Nichterreichen bestimmter Vorgaben hat. Zudem ist festzulegen, welche Prozesse, Standards und Best Practices berücksichtigt werden müssen.[8] Diese Fragen sind auch für die Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses von praktischer Bedeutung.

In bestimmten Bereichen sind spezifische *regulatorische Anforderungen* zu beachten und entsprechende Audits und Kontrollmöglichkeiten vorzubehalten.[9] Da verwaltungsinterne Vorgaben nachträglich nicht über den Kopf des Vertragspartners hinweg durchgesetzt werden können, sollte der Vertrag weit gehende *Weisungsbefugnisse* der Auftraggeberin vorsehen und ein Verfahren zur Konkretisierung der finanziellen, organisatorischen und zeitlichen Auswirkungen späterer Vorgaben enthalten.

Die technischen, organisatorischen, finanziellen und vertraglichen *Risiken* müssen *fortlaufend geprüft* werden. Ergeben sich im Lauf des Beschaffungsverfahrens neue Optimierungsmöglichkeiten, welche mit den Vorgaben der öffentlichen Ausschreibung nicht vereinbar sind, muss das Verfahren unter Umständen abgebrochen und neu durchgeführt werden.[10] Falls ein Abbruch des Beschaffungsverfahrens nur deshalb erforderlich wird, weil die Auftraggeberin keine sorgfältige Risikoanalyse durchgeführt hat, besteht allerdings die Gefahr, gegenüber den Offerenten schadenersatzpflichtig zu werden.[11]

3. Fortlaufende Konkretisierung des Beschaffungsgegenstandes

Oft *verändern sich die Bedürfnisse* der Auftraggeberin im Lauf eines Beschaffungsverfahrens – sei es, dass sie die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand ursprünglich nicht genügend präzise formuliert hat, oder dass sich die Rahmenbedingungen inzwischen gewandelt haben. Die Auftraggeberin hat daher ein Interesse, grösstmögliche Flexibilität während des gesamten Beschaffungsverfahrens zu bewahren. Demgegenüber sind für die Anbieter Voraussehbarkeit und Rechtsgleichheit eines Beschaffungsverfahrens von grosser Bedeutung.

Währenddem z.B. *flexible Verhandlungsführung* zu einer kostengünstigeren Beschaffung beitragen kann, werden Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot dadurch unter Umständen gefährdet: Wird im Lauf des Vergabeverfahrens von den ursprünglichen Vorgaben einer öffentlichen Ausschreibung abgewichen, ist nicht mehr gewährleistet, dass tatsächlich das wirtschaftlich günstigste Angebot zum Zug kommt, denn Konkurrenten hätten unter den betreffenden Voraussetzungen vielleicht eine vorteilhaftere Offerte eingereicht. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich aus Art. 1 BoeB ein Anspruch auf Gleichbehandlung zwischen konkreten und potenziellen Anbietern ableiten. Daher müssen insbesondere jene Vorgaben bereits in der Ausschreibung festgelegt werden, welche für den Entscheid zur Teilnahme am Beschaffungsverfahren der Offerten relevant sind. Bei komplexen Leistungen ist dies mitunter praktisch unmöglich. Auch wenn die Ausschreibungsunterlagen nicht zwingend einen vollständig ausformulierten Vertragsentwurf zu enthalten brauchen, sollten in diesem Zeitpunkt doch bereits die Eckpunkte des künftigen Vertrages bestimmt sein. Das gilt auch dann, wenn Verhandlungen in der Aus-

internationalen Wirtschaftstransaktionen und -projekten, Bern 2005, zugl. Diss. Bern 2004, 57 ff.; und NICHOLAS IYNEDJIAN, Négociation; guide pratique, Lausanne 2005, 140 ff. und 180 ff. Bisher gibt es allerdings noch keine Methodik zur systematischen Interessen- und Risikoanalyse; vgl. dazu WOLFGANG STRAUB, Legal Engineering – eine neue Disziplin? Jusletter vom 24.5.2004. Checklisten aus der privatwirtschaftlichen Beschaffungspraxis können sich als nützliche Hilfsmittel erweisen, wenn sie kritisch auf ihre Eignung für die konkrete Konstellation hinterfragt werden.

8 Vgl. Art. 12 BoeB.

9 Vgl. etwa zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen beim IT-Outsourcing DAVID ROSENTHAL, Datenschutz im IT-Outsourcing, in: ROLF H. WEBER/MATHIS BERGER/ROLF AUF DER MAUR (Hrsg.), IT-Outsourcing, Zürich/Basel/Genf 2003, 193–225; und ROLF H. WEBER, Outsourcing von Informatik-Dienstleistungen in der Verwaltung, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1999, 97 ff.

10 Vgl. Art. 30 VoeB.

11 Vgl. zur Haftung für unsorgfältige Ausschreibungen den Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK 2001/005 (VPB 66.39) E. 2, EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Freiburg 1997, 492; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 382; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz: ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, Zürich/Basel/Genf 2004, zugl. Diss. Freiburg 2004, Rz. 769 ff.; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP/PJA 2005, 784 ff.; und MARTIN BEYELER, Vergaberechtlicher Sekundärrechtsschutz im neuen Bundes-Vergaberecht, Bern 2005, online verfügbar unter www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/index.html?lang=de.

schreibung ausdrücklich vorbehalten wurden, da diese grundsätzlich keine Veränderung der Rahmenbedingungen erlauben.[12]

Auszugehen ist somit vom *Grundsatz*, dass Inhalt des Beschaffungsgegenstandes und Umfang der ausgeschriebenen Leistungen nach einer öffentlichen Ausschreibung nicht mehr geändert werden dürfen. Um sich trotzdem einen gewissen Entscheidungsspielraum vorzubehalten, können in einem Beschaffungsverfahren insbesondere folgende Instrumente verwendet werden:

– Bis zu einem gewissen Grad können inhaltliche Inputs aus der betreffenden Branche bereits im Vorfeld einer Beschaffung gesammelt werden. Zu diesem Zweck werden oft Vorgespräche mit Experten geführt. Sofern diese bzw. ihre Unternehmen auch als Anbieter in Frage kommen, ist bei solchen *technischen Dialogen* allerdings der Problematik einer möglichen Vorbefassung Rechnung zu tragen.[13]
– Anstatt den Beschaffungsgegenstand detailliert zu spezifizieren, können nur die Funktionen beschrieben werden, welche er zu erfüllen hat (*funktionale Ausschreibung*). Es ist Sache der Offerenten darzulegen, mit welchen Mitteln sie dies erreichen.[14] In der Praxis verläuft die Grenze zwischen konkreter und funktionaler Methode allerdings nicht so scharf. Vielmehr enthalten Ausschreibungen meistens sowohl konkrete als auch funktionale Elemente. Selbst bei rein funktionalen Ausschreibungen müssen sachgerechte Zuschlagskriterien bekannt gegeben werden – andernfalls ist eine transparente Evaluation der Angebote nicht gewährleistet. Der Beschaffungsgegenstand muss daher im schweizerischen Recht bereits zu Beginn des Verfahrens in seinen Umrissen feststehen.[15] In diesem Zusammenhang ist interessant, wie sich in den EU-Ländern das neue Verfahren des 'wettbewerblichen Dialogs' bewähren wird.[16]
– Wettbewerbe sind ein weiteres Instrument, um innovative Lösungen der Anbieter zu erhalten. Diese können sowohl zur Planung (*Ideen-* und *Projektwettbewerbe*) als auch zur Vergabe von Gesamtlösungen verwendet werden (*Gesamtleistungswettbewerbe*). Als Grundlage für einen Wettbewerb sollte bereits eine funktionale Leistungsbeschreibung ausgearbeitet werden, welche die Bedürfnisse des Auftraggebers festhält.[17] Währenddem im Baubereich Wettbewerbe bereits seit langem üblich sind, besteht bei Dienstleistungsbeschaffungen allerdings noch wenig Erfahrung mit diesem Instrument.
– Den Anbietern steht es frei, zusätzlich zu ihrem Basisangebot *Varianten* einzureichen – es sei denn, die Auftraggeberin habe dies zum vornherein ausgeschlossen.[18] Varianten müssen sich jedoch auf den gleichen Beschaffungsgegenstand beziehen und funktional dem Basisangebot gleichwertig sein.[19] Die Offerenten haben von einer detailliert spezifizierten Ausschreibung sozusagen eine funktionale abzuleiten und diese ihrer Variante zugrunde zu legen. Ob eine Variante mit den technischen Vorgaben einer Ausschreibung funktional gleichwertig ist, kann im Einzelfall allerdings schwierig zu beantworten sein.
– Währenddem Varianten die Flexibilität des Beschaffungsverfahrens in qualitativer Hinsicht erhöhen, erlauben *Optionen* eine Flexibilisierung in quantitativer Hinsicht, indem die Bestellmenge ohne neue Ausschreibung erweitert werden kann.[20]
– Im Gegensatz zu optionalen Zusatzbestellungen – welche stets in Zusammenhang mit einer Grundbestellung stehen – muss bei *Rahmenvereinbarungen* im Zeitpunkt des Zuschlags noch keine Bestellung erfolgen. Rahmen-

12 Vgl. zu den Verhandlungsgrundsätzen generell Art. 20 BoeB, Art. 26 VoeB und Art 11 lit. c IVoeB sowie Art. XIV GPA. Vgl. zum Verbot der Veränderung des Beschaffungsgegenstandes im Rahmen von Verhandlungen BRK 2002-004 (VPB 66.86) E. 5, BRK 2003-016 (VPB 67.108) E.4b und BRK 2004-014 (VPB 69.79) E. 2b–c.

13 Vgl. zu den Risiken explorativer Vorgespräche ROMEO MININI, Das öffentliche Beschaffungsrecht in: URS BOLZ (Hrsg.), Public Private Partnerships in der Schweiz, Zürich 2005, 264 ff.; sowie grundsätzlich zur Problematik der Vorbefassung RES NYFFENEGGER/HANS ULRICH KOBEL, Vorbefassung im Submissionsverfahren, Bernische Verwaltungsrechtsprechung 2004, 49 ff. Vgl. zur Zulässigkeit technischer Dialoge auch BRK 2004-004 (VPB 68.119) E. 3a–b.

14 Vgl. zu funktionalen Ausschreibungen P. GALLI/A. MOSER/E. LANG (FN 11), Rz. 212 ff.

15 Im selektiven Verfahren müssen die Ausschreibungsunterlagen den Teilnehmern zwar erst nach dem Präqualifikationsentscheid bekannt gegeben werden, doch muss auch in diesem Fall der Beschaffungsgegenstand bereits in der Ausschreibung soweit umrissen werden, dass die Interessenten einen sachgerechten Entscheid über Teilnahme oder Nichtteilnahme am Verfahren treffen können.

16 Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Vgl. dazu STEEN TREUMER, Competitive Dialogue, Public Procurement Law Review 2004, 178 ff.; ADRIAN BROWN, The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil you Know?, Public Procurement Law Review 2004, 160 ff.; sowie MARCO FETZ, Das EG-Vergaberecht: Einzelne Neuerungen: Darstellung und erste Analyse der Stärken und Schwächen, Bern 2004, Rz. 15–66, online verfügbar unter http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00589/index.html?lang=de.

17 Vgl. zu den Rahmenbedingungen von Wettbewerben JACQUES DUBEY, Le concours en droit des marchés publics: La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie, Freiburg und Zürich/Basel/Genf 2005, zugl. Diss. Freiburg 2005, passim; sowie BEAT MESSERLI, Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht: Erläuterungen zum 4. Kapitel (Art. 40–57) der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB), Bern 2004, passim.

18 Art. 22 Abs. 2 VoeB.

19 Vgl. zu Begriff und Zulässigkeit von Unternehmervarianten P. GALLI/A. MOSER/E. LANG (FN 11), Rz. 362 ff., sowie BRK 2000-013 (VPB 65.78) E. 3.

20 Vgl. Art. 7 Abs. 4 BoeB sowie Art. XIII Ziff. 5 GPA.

verträge dürfen allerdings nicht dazu führen, dass die Evaluation vom Vergabeverfahren auf den Zeitpunkt der Bestellungsauslösung verlagert wird. Anders als in der EU sind Rahmenverträge in der Schweiz nicht gesetzlich geregelt, entsprechen aber offensichtlich einem praktischen Bedürfnis.[21] Indem für gleichartige Leistungen nur eine einzige Ausschreibung durchgeführt wird, kann unnötiger Aufwand vermieden werden. In sich schnell verändernden Märkten besteht jedoch die Gefahr, dass potenzielle günstigere Angebote nicht zum Zug kommen. Wenn in solchen Bereichen mit Rahmenvereinbarungen gearbeitet wird, ist der Markt zu beobachten und jeweils abzuschätzen, ob mit einem erneuten Vergabeverfahren wirtschaftlich vorteilhaftere Angebote erzielt werden könnten. Sowohl bei Optionen als auch bei Rahmenvereinbarungen müssen die Eignungskriterien im Zeitpunkt jeder einzelnen Bestellung noch erfüllt sein. Um auch neuen Marktteilnehmern eine Markteintrittschance zu gewähren, sollten Rahmenvereinbarungen zudem nicht für zu lange Zeiträume abgeschlossen werden[22].

– Die Komplexität von Projekten nimmt mit steigender Grösse oft überproportional zu. In solchen Konstellationen sollte generell eine Zerlegung in selbständige Teilprojekte geprüft werden. Durch die Ausschreibung von Teilaufträgen wird – je nach Attraktivität der einzelnen Teile – der Kreis möglicher Offerenten erweitert oder aber verringert.[23] Im Fall einer *Etappierung* können die Erfahrungen der ersten Tranchen in späteren Phasen bereits wieder nutzbar gemacht werden. Allerdings darf die Aufteilung von Projekten, welche eine inhaltliche Einheit darstellen, nicht dazu missbraucht werden, die Schwellenwerte zu unterlaufen. [24]

Oft tauchen während der Vertragsdurchführung neue Aspekte auf, welche eine Anpassung der Leistungen erforderlich machen. Durch ein vertraglich vorgesehenes *Change Management Verfahren* kann auch nach Abschluss des Vertrages noch eine gewisse Flexibilität in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand erreicht werden. Vertragsanpassungsverfahren bringen allerdings zugleich die Gefahr mit sich, das Ergebnis des ursprünglichen Beschaffungsverfahrens in Frage zu stellen (vgl. dazu weiter hinten Ziff. 10).

4. Geistiges Eigentum an Offertunterlagen

Mitunter enthalten die Angebote interessante neue Ideen zu bestimmten Punkten der Ausschreibung. Darf die Auftraggeberin die besten Elemente aller Offerten sammeln und durch den günstigsten Anbieter realisieren lassen? Die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen hält nur fest, dass für die Ausarbeitung von Offerten grundsätzlich kein Vergütungsanspruch besteht.[25] Daraus kann jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass die Vergabebehörde in Offerten enthaltene Konzepte verwenden bzw. durch Dritte realisieren lassen darf. Hingegen können Bestandteile derjenigen Offerte[26], welche den Zuschlag erhalten hat, soweit genutzt werden, als dies im Rahmen der richtigen Ausführung des Auftrags erforderlich ist.

Angebotsunterlagen können vor allem *urheberrechtlich schützbare Elemente* enthalten, sind doch neben künstlerischen Werken auch solche mit technischem oder wissenschaftlichem Inhalt schutzfähig.[27] Neben Urheberrechten können für Offerten auch andere Immaterialgüterrechte relevant sein. Bei Marken, Designs oder Patenten ergibt sich allerdings primär aus den entsprechenden Registern, wer Rechtsinhaber ist. Erfolgte für die in einer Offerte enthaltenen patent- oder designrechtlich schützbaren Elemente noch keine Schutzanmeldung, bleibt die entsprechende Anwartschaft beim Offertsteller.

Das Urheberrecht soll einen sinnvollen Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber an der wirtschaftlichen Verwertung ihrer Leistungen und dem öffentlichen Interesse an der freien Verwendbarkeit guter Ideen schaffen. Urheberrechtlich schützbar sind nur *individuelle Werke*. Wann ist aber ein Plan oder ein Konzept als individuell zu betrachten? Es ist dabei von der Fragestellung auszugehen, ob Dritte, welche vor die gleiche Aufgabe gestellt würden, ebenfalls auf die gleiche Lösung kommen könnten.[28] Individuell ist ein Werk nur dann, wenn diese Frage mit grösster Wahrscheinlichkeit verneint werden kann. Würden auch Dritte wahrscheinlich zu einer identischen Lösung kommen, spricht dies für deren Freihaltebedürftigkeit.

---

21 Vgl. dazu M. FETZ (FN 16), Rz. 161–202; sowie die Studie der Beschaffungskommission des Bundes, Das geltende Vergaberecht aus der Sicht der Praxis: Darstellung und Analyse der Antworten auf die Umfrage zu den Stärken und Schwächen des geltenden Vergaberechts vom 15.3.2004, Rz. 264 ff., online verfügbar unter www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00592/index.html?lang=de.

22 Vgl. zur zeitlichen Begrenzung von Rahmenvereinbarungen auch die Studie der Beschaffungskommission des Bundes (FN 21), Rz. 267.

23 Vgl. Art. 22 Abs. 3 und 27 VoeB.

24 Bei der Unterteilung eines Projekts ist Art. 7 Abs. 1 BoeB zu beachten. Für Teilprojekte, welche eine logische Einheit bilden, ist somit die Gesamtbeschaffungssumme zur Berechnung des Schwellenwerts massgebend.

25 Art. 23 Abs. 1 VoeB.

26 Im Verhältnis zum Zuschlagsempfänger ist in der Regel weniger allfälliges in den Offertunterlagen enthaltenes geistiges Eigentum relevant, sondern das im Rahmen der Vertragsdurchführung verwendete. Bei Projekten, in welchen Immaterialgüterrechte eine wichtige Rolle spielen (z.B. in Planungs- und Entwicklungsmandaten), sollte der Umfang von Rechtsübertragungen und Lizenzen möglichst präzise definiert werden. Andernfalls kann z.B. streitig werden, inwieweit der Auftraggeber die betreffenden Immaterialgüter nach Beendigung des Auftrages durch Dritte weiterentwickeln lassen darf.

27 Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a und d URG.

28 Vgl. dazu grundlegend MAX KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, passim, sowie BGE 130 III 168 E. 4.4.

Urheberrechtlich schützbar sind stets nur konkrete Ausdrucksformen (z.B. Pläne) und nicht abstrakte Gestaltungsideen.[29] Diese Abgrenzung kann in der Praxis grosse Schwierigkeiten bereiten. Nach der hier vertretenen Ansicht sind *Ideen* nur – aber immerhin – soweit urheberrechtlich schutzfähig, wie sie im Werk selbst manifestiert sind. Die Individualität eines Werks kann auf unterschiedlichen Ebenen beruhen.[30] In Texten können z.B. nicht nur einzelne Absätze sondern auch die Struktur des Aufbaus individuell sein.

Nicht nur die integrale Übernahme, sondern auch das blosse *Kopieren einzelner Passagen* eines Werks ist ohne Zustimmung des Urhebers verboten, soweit diese Teile das Kriterium der Individualität selbst erfüllen. Das generelle Verwendungsverbot wird allerdings durch das Prinzip der *freien Benützung* relativiert*:* Schutzfähige Elemente eines Werkes dürfen ausnahmsweise frei übernommen werden, wenn ihre Bedeutung angesichts der Individualität des neuen Werks als völlig untergeordnet erscheint.[31] In solchen Fällen ist im Ergebnis eine Abwägung zwischen den Interessen der Beteiligten vorzunehmen.

Lösungsansätze, welche die Schwelle der Individualität nicht erreichen, können ausnahmsweise durch das *Lauterkeitsrecht* geschützt werden. Hier geht es jedoch nicht um die Originalität der betreffenden Werke, sondern um die Unlauterkeit der Verwendungshandlung. Als unlauter gilt insbesondere die unbefugte Verwertung anvertrauter Arbeitsergebnisse wie Offerten, Berechnungen oder Pläne[32]. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen verpflichtet den Auftraggeber zur Geheimhaltung vertraulicher Informationen.[33] Werkverwendungen, welchen der Urheber nicht ausdrücklich oder konkludent zugestimmt hat, sind somit generell unzulässig.[34] Nach der hier vertretenen Auffassung folgt daraus, dass zwar urheberrechtlich nicht schützbare Elemente übernommen werden können, in den Offertunterlagen enthaltene Konzepte, Pläne etc. selbst aber nicht dem Zuschlagsempfänger weitergegeben werden dürfen.

Für Offertunterlagen – insbesondere für planerische Vorleistungen – können ausnahmsweise Vergütungen ausgerichtet werden:[35] Die Auftraggeberin muss dies in der Ausschreibung ankündigen. Wo zu befürchten ist, dass die Anbieter relevantes Know-how im Offertstadium zurückhalten, sollte bereits in der Ausschreibung von der Möglichkeit einer Vergütung Gebrauch gemacht werden. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Vergabebehörde aber auch dann, wenn die Ausschreibung keine entsprechenden Versprechen enthielt, nachträglich noch mit einzelnen Offerenten über den Erwerb urheberrechtlich schützbarer Konzepte etc. verhandeln.

Auch bei *Wettbewerbsbeiträgen* bleibt das Urheberrecht grundsätzlich bei den Teilnehmern.[36] Die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen hält aber fest, dass die eingereichten Unterlagen der mit Preisen und Ankäufen ausgezeichneten Wettbewerbsarbeiten ins Eigentum der Auftraggeberin übergehen.[37] Aus dem Eigentum an Werkexemplaren können grundsätzlich keine urheberrechtlichen Verwertungsrechte abgeleitet werden. Sofern in den Wettbewerbsbedingungen keine anders lautende Regelung[38] vorgesehen wurde, können die ausgezeichneten Pläne, Modelle etc. zwar archiviert oder ausgestellt[39] werden, dürfen aber ohne Zustimmung der Urheber nicht realisiert werden.[40]

5. Due Diligence-Prüfungen durch die Anbieter

Komplexe Dienstleistungsverträge sind sowohl für den Leistungserbringer als auch für den Leistungsbezüger mit

29 Vgl. dazu grundlegend IVAN CHERPILLOD, L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction entre forme et idée, Lausanne 1985, zugl. Diss. Lausanne 1985, 59 ff. und 171 ff.; sowie KAMEN TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Band I, 2. A., Basel/Frankfurt a. M. 1996, 244 f.; und FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, 98 ff.

30 Vgl. dazu WOLFGANG STRAUB, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht International 2001, 1 ff., mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur.

31 Vgl. zum Grundsatz der freien Benutzung BGE 125 III 328 E. 4c mit weiteren Literaturhinweisen.

32 Art. 5 lit. a UWG.

33 Art. 8 Abs. 1 lit. d BoeB.

34 Vgl. dazu CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München und St.Gallen/Berlin 2001, N. 32 f. zu Art. 5 UWG; J. DUBEY (FN 17), 312 f.; URS HESS-ODONI, Öffentliche Beschaffung und das Wettbewerbsrecht, jusletter vom 24.5.2004, Rz. 41–42.

35 Art. 23 Abs. 2 VoeB.

36 Vgl. jedoch zur ausdrücklichen oder konkludenten Übertragung von Urheberrechten auf die Auftraggeberin B. MESSERLI (FN 17), 156 ff.

37 Art. 54 VoeB. Vgl. dazu J. DUBEY (FN 17), 301 ff., sowie B. MESSERLI (FN 17), 37 f. und 155 ff.

38 Vgl. zu den Grenzen der Vertragsfreiheit in diesem Bereich J. DUBEY (FN 17), 307.

39 Art. 57 VoeB sieht eine Veröffentlichung der Wettbewerbsbeiträge vor. Die Ausstellung von Werken setzt grundsätzlich voraus, dass der Urheber das Erstveröffentlichungsrecht bereits ausgeübt hat (Art. 9 Abs. 2 URG). Ein Werk gilt als veröffentlicht, wenn der Urheber es einer grösseren Anzahl Personen zugänglich macht (Art. 9 Abs. 3 URG). Vgl. zu den Veröffentlichungshandlungen auch DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. A., Bern 2000, N 21 zu Art. 9 URG). Ein Wettbewerbsteilnehmer kann den Kreis derjenigen Personen, welche Einblick in seinen Beitrag erhalten, bereits nach der Einsendung faktisch kaum mehr kontrollieren. Es fragt sich daher, ob aus der Einreichung des Beitrages nicht bereits eine Zustimmung zur Erstveröffentlichung abgeleitet werden kann. Vgl. dazu jedoch zurückhaltend B. MESSERLI (FN 17), 158 ff.

40 Für den Fall, dass die Auftraggeberin den Wettbewerbsbeitrag weiterverwendet ohne dem Urheber einen planerischen Auftrag zu erteilen, sieht Art. 55 Abs. 2 lit. b VoeB eine Entschädigung vor. Vgl. zur Rechtsnatur dieser Entschädigung B. MESSERLI (FN 17), 164 ff.

erheblichen Unsicherheiten verbunden: Wie sind etwa zu übernehmende Assets, Lizenz- und Wartungsverträge bei einem Outsourcing zu bewerten? Welche Leistungen müssen zu einem bestimmten Preis effektiv erbracht werden? Welche Volumina sind zu erwarten? Je ungenauer die entsprechenden Angaben der Auftraggeberin in Ausschreibung und Fragerunde(n)[41] ausfallen, um so grössere Sicherheitsmargen müssen vorsichtige Anbieter einkalkulieren – was die Leistungen unnötig verteuern kann. In der Privatwirtschaft haben sich daher insbesondere vor dem Abschluss von Outsourcingverträgen *Due Diligence* Verfahren eingebürgert.[42] Ähnlich wie bei Unternehmensübernahmen erhält der potenzielle Vertragspartner damit Gelegenheit, sich vor der Einreichung des definitiven Angebots selbst ein Bild über Assets, Verträge, Schnittstellen etc. zu machen, welche für die Offerte relevant sind.

Durch die Integration einer Due Diligence Prüfung in den Beschaffungsprozess könnten bei bestimmten Aufträgen der öffentlichen Hand präzisere und wirtschaftlich günstigere Angebote erreicht werden. Zudem könnten durch solche Verfahren allfällige Vorwissensunterschiede zwischen den Anbietern verringert werden (z.B. wenn der bisherige Vertragspartner bei einer Neuvergabe mitbietet oder wenn mit der Ausschreibung vorbefasste Marktteilnehmer nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden sollen[43]). Der Auftraggeber wird durch die Integration eines Due Diligence-Verfahrens allerdings nicht von der Pflicht entlastet, sachgerechte Informationen über den Beschaffungsgegenstand zusammenzustellen.[44]

Bisher ist noch kaum geklärt, inwieweit das Instrument der Due Diligence mit dem geltenden Beschaffungsrecht vereinbar ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist seine Verwendung nicht von vornherein ausgeschlossen, doch sind dabei insbesondere folgende *Rahmenbedingungen* zu beachten:

- Aus Aufwands- und Praktikabilitätsüberlegungen kann eine Due Diligence nicht mit einer unbestimmten Anzahl von Unternehmen durchgeführt werden. Wenn der Auftrag öffentlich ausgeschrieben werden muss, sollte die Auswahl der Anbieter im Rahmen eines *selektiven Verfahrens* mit Beschränkung der Teilnehmerzahl stattfinden[45].
- Alle Anbieter müssen *gleich behandelt* werden (z.B. zeitgleiche Durchführung in identischen *Data Rooms* und umgehende Weitergabe von Informationen auf Nachfrage eines Teilnehmers an alle anderen[46]).
- Die Durchführung einer Due Diligence ist auch für die Anbieter mit erheblichem Aufwand verbunden. Daher müssen ihre *Eckpunkte* bereits in der Ausschreibung offen gelegt werden.
- Im Rahmen eines Due Diligence Verfahrens erhalten die Offerenten einen vertieften Einblick in vertrauliche Informationen der Auftraggeberin. Entsprechende *Geheimhaltungspflichten* sollten daher durch eine – bereits in den Ausschreibungsunterlagen vorzugebende – Geheimhaltungsvereinbarung abgesichert werden. Zudem ist spezifischen Geheimhaltungspflichten bei der Ausgestaltung der Data Rooms Rechnung zu tragen (z.B. durch Abdecken von Personendaten).

Nicht zuletzt wegen der rechtlichen Unsicherheiten scheinen bei öffentlichen Beschaffungen bisher noch kaum praktische Erfahrungen mit Due Diligence-Verfahren zu bestehen. Allerdings darf der potenzielle *Anwendungsbereich* dieses Instruments auch nicht überschätzt werden: Damit könnten nur in einzelnen Fällen günstigere – weil präzisere – Angebote erzielt werden. Die erwartete Verringerung der 'Risikomarge' in den Angeboten ist jedenfalls sorgfältig gegen den zusätzlichen Aufwand des Beschaffungsverfahrens abzuwägen.

6. Assessment des Leistungserbringers

Langzeitdienstleistungsverträge führen in der Regel zu einem faktischen Abhängigkeitsverhältnis vom Leistungserbringer. Die Auftraggeberin hat somit ein Interesse, sich vor dem Zuschlag ein möglichst präzises Bild darüber zu machen, ob ein Anbieter über die notwendigen finanziellen, technischen und organisatorischen Ressourcen zur einwandfreien Vertragserfüllung verfügt. Das Beschaffungsrecht sieht zwar eine Eignungsprüfung der Offertsteller vor. Die *Überprüfungsmöglichkeiten* durch Nachweise und Referenzen sind jedoch inhaltlich beschränkt und vermitteln nur ein momentanes Bild. In der Privatwirtschaft wird der Anbieter mitunter einer wesentlich umfassenderen Prüfung

41 Die Anbieter haben nach Art. 18 Abs. 1 lit. b VoeB grundsätzlich Anspruch auf sachgerechte Information über den Beschaffungsgegenstand. Allenfalls könnten künftig auch aus dem Öffentlichkeitsgesetz Informationsansprüche abgeleitet werden.

42 Vgl. zur Zielsetzung von Due Diligence Verfahren generell JAKOB HÖHN, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich/Basel/Genf 2003, 5 ff. Vgl. zu den Inhalten einer Due Diligence bei Outsourcingprojekten THOMAS SÖBBING, Handbuch IT-Outsourcing: Rechtliche, strategische und steuerrechtliche Fragen, Frankfurt/Wien 2002, 32 ff.

43 Vgl. zum Problem der Vorbefassung weiter vorne FN 13.

44 Trotz der aktiveren Rolle der Anbieter in einem Due-Diligence-Verfahren wird die 'Bringschuld' des Auftraggebers in Bezug auf die offertrelevanten Informationen über den Beschaffungsgegenstand nicht einfach in eine 'Holschuld' der Anbieter umwandelt. Vgl. dazu auch Art. 18 Abs. 1 lit. b VoeB.

45 Vgl. Art. 15 Abs. 4 BoeB, Art. 12 Abs. 1 lit. b IVoeB sowie Art. X GPA. Vgl. zur Beschränkung der Teilnehmerzahl im selektiven Verfahren auch die Entscheide der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26.5.1997 (VPB 61.76) E. 3 und BRK 1998-003 (VPB 63.16) E. 4 sowie BRK 2003-029 (VPB 68.65) E. 3.

46 Es besteht eine Analogie zwischen 'Requests for Information' in Due-Diligence-Verfahren und Fragerunden. Nach der hier vertretenen Auffassung müssen aus Gleichbehandlungsüberlegungen in beiden Fällen die Antworten auf Fragen eines Teilnehmers auch an die anderen weiter geleitet werden.

seiner finanziellen, organisatorischen und technischen Leistungsfähigkeit unterzogen – sozusagen einer 'Due Diligence in umgekehrter Zielrichtung'. Darüber hinaus werden unter Umständen auch nach Vertragschluss periodische Assessments der wirtschaftlichen Situation des Leistungserbringers durchgeführt. Für den Fall, dass bestimmte Vorgaben im Lauf der Zeit nicht mehr gewährleistet sind, werden oft Rechte zur vorzeitigen Vertragsauflösung oder gar zur Übernahme des Leistungserbringers vereinbart. Bei strategisch wichtigen Projekten kann für den Auftraggeber eine Übernahme nämlich vorteilhafter sein als eine Vertragsauflösung wegen Insolvenz (vgl. dazu gleich anschliessend Ziffer 7).

Es ist fraglich, ob eine Due Diligence-artige Überprüfung der Anbieter mit dem Konzept der *Eignungsprüfung* des geltenden Beschaffungsrechts vereinbar ist[47], tritt doch an die Stelle der einmaligen Einreichung von punktuellen Nachweisen durch die Offerenten eine umfassende Untersuchung seitens der Auftraggeberin, welche in die informationelle Selbstbestimmung eingreifen. Ein *periodisches Assessment der wirtschaftlichen Situation des Leistungserbringers* ist hingegen primär eine Frage der Vertragsgestaltung.[48] Entsprechende Informationsrechte der Auftraggeberin sollten nach der hier vertretenen Auffassung aber bereits in der Ausschreibung erwähnt werden, da sie für den Entscheid zur Teilnahme an der Ausschreibung wesentlich sein können.

7. Übernahmeoptionen

Bei strategisch bedeutenden Beschaffungen werden mitunter kleinere und finanziell weniger abgesicherte Firmen wegen ungenügender Eignung nicht berücksichtigt, obwohl ihre Offerten wirtschaftlich günstiger wären. Könnten in derartigen Fällen Zweifel an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch ein Recht auf Übernahme des Vertragspartners in bestimmten, zum voraus definierten Fallkonstellationen (z.B. bei Unterschreitung einer bestimmten Eigenkapitaldeckung) kompensiert werden?

- Soweit sich Übernahmeoptionen nicht auf Unternehmensteile beschränken, wären diese grundsätzlich mit den *Trägern der Anbieter* (z.B. den Aktionären) auszuhandeln, wodurch auch diese ins Beschaffungsverfahren involviert würden.
- Durch eine *Übernahme* entstehen der Auftraggeberin Zusatzaufwendungen zur eigentlichen Beschaffung. Wären diese bei der Bewertung des Offertbetrages im Rahmen der Zuschlagskriterien mit zu berücksichtigen? Das würde voraussetzen, dass nicht nur die zu erwartenden Übernahmekosten, sondern auch die Eintretenswahrscheinlichkeit des Übernahmefalles quantifiziert werden könnte.
- Wie wären die *Übernahmeoptionen mehrerer Anbieter* im Rahmen der Eignungsprüfung mit einander zu vergleichen (z.B. zwischen verschieden grossen Unternehmen, deren Übernahme unterschiedlich hohe Kosten und Nutzen mit sich bringen würde)?

Im Gegensatz zu Drittgarantien führen Übernahmeoptionen nicht unbedingt zu einer Verteuerung des Angebots. Die soeben erwähnten Gründe sprechen aber gegen ihre Verwendung im Rahmen öffentlicher Beschaffungen. Hingegen bleibt die Übernahme des Vertragspartners durch einen erst später abgeschlossenen Übernahmevertrag grundsätzlich möglich. Der Gefahr, in ein *Abhängigkeitsverhältnis* zum Leistungserbringer zu geraten, muss jedoch schon aus Gründen der Wettbewerbsneutralität primär durch *Massnahmen zum Know-how-Erhalt* (z.B. periodische Lieferung von Dokumentationen) und durch transparente *Beendigungsmodalitäten* (z.B. Ausstiegsoption, Übernahmerechte an Hard- und Software sowie Verpflichtung zur Beendigungsunterstützung in Outsourcing-Projekten) Rechnung getragen werden.

8. Public Private Partnerships

Verschiedene Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft werden heute unter dem Schlagwort *'Public Private Partnership'* zusammengefasst.[49] Nachfolgend wird der Begriff eng gefasst und von einem auf längere Zeitdauer angelegten vertraglichen Kooperationsmodell unter Verwendung gesellschaftsrechtlicher Strukturen ausgegangen. Daher ist hier nur von jenen Fällen die Rede, in welchen die Leistungserbringung durch gemeinsam beherrschte juristische Personen erfolgt – also Konstellationen, welche eine Art 'Joint Venture'[50] zwischen öffentlicher Hand und Privaten darstellen.

---

47 Vgl. Art. 9 BoeB und Art. VIII lit. b GPA.

48 Vgl. zu den Widerrufsmöglichkeiten des Zuschlags immerhin Art. 11 BoeB.

49 Vgl. zu den Erscheinungsformen von 'Public Private Partnerships' und der Schwierigkeit einer einheitlichen Definition URS BOLZ/MARC EHRENSPERGER/JÖRG OETTERLI, Grundlagen von PPP, in: URS BOLZ (Hrsg.), Public Private Partnerships in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2005, 13. ff.; BOLZ URS, Public Private Partnerships (PPP) in der Schweiz, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltungsrecht 2004, 567 ff.; ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, 58 f.; CHRISTOPH MEYER, Public Private Partnership – Chancen und Risiken, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FELIX HAFNER/GERHARD SCHMID/KURT SEELMANN (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1994, Basel/Bern 2004, 292 f.; sowie LARS LENSDORF/UDO STEGER, Auslagerung von IT-Leistungen auf Public Private Partnerships; Privatisierung und Vergaberecht bei der Aufgabenverlagerung auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen, Computer und Recht 2005, 161 ff.

50 Vgl. zum – ebenfalls unscharfen – Begriff des 'Joint Venture' RUDOLF TSCHÄNI, M & A Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 286 ff. sowie MATTHIAS OERTLE, Das Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) im schweizerischen Recht, Zürich 1990, zugl. Diss Zürich 1990, 1 ff.

Im Rahmen von Entwicklungs- und Outsourcingprojekten werden in der Privatwirtschaft mitunter *Joint Ventures zwischen Leistungsbezüger und Leistungserbringer* gegründet. In der Regel schafft das Hinzufügen einer gesellschaftsrechtlichen zur vertragsrechtlichen Ebene zusätzliche Komplexität. Jedenfalls ist ein Joint Venture nicht empfehlenswert, wenn sich die Parteien über wesentliche Punkte der Leistungserbringung nicht einig waren. Ein Gemeinschaftsunternehmen zwischen Leistungserbringer und Leistungsbezüger kann aber insbesondere in den folgenden Konstellationen durchaus sinnvoll sein:

– Es wird ein *gemeinsames Produkt oder eine standardisierte Dienstleistung entwickelt*, welche anschliessend auch an Dritte kommerzialisiert werden soll.[51] Eine Beteiligung des Gemeinwesens an solchen Projekten ist allerdings im Hinblick auf den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität problematisch: Die staatliche Mitfinanzierung einer Produkteentwicklung kann gegenüber rein privat finanzierten Konkurrenzprodukten zu Wettbewerbsverzerrungen führen.[52]
– Das Gemeinschaftsunternehmen wird geschaffen, um dem Leistungsbezüger besondere *Kontrollmöglichkeiten* zu gewähren: Beispielsweise ist die Einhaltung von Datenschutz-, Geheimhaltungs- und Informationssicherheitsregeln gegenüber Unternehmen schwierig zu überprüfen, welche mit der gleichen Infrastruktur Leistungen für verschiedene Kunden erbringen. Den Informationsbedürfnissen eines Auftraggebers können in solchen Konstellationen Geheimhaltungsinteressen der anderen Kunden entgegenstehen. Durch eine organisatorische Ausgliederung der Leistungserbringung in ein Gemeinschaftsunternehmen erhält der Leistungsbezüger neben den vertragsrechtlichen auch gesellschaftsrechtliche Kontrollinstrumente.[53] Umgekehrt kann die zwischen den Aktionären stehende Gesellschaft eine direkte Durchsetzung bestimmter Interessen gegenüber dem Partner auch erschweren (z.B. wenn dieser nur in ungenügendem Mass Know-how und Ressourcen einbringt). Die Funktion des Gemeinschaftsunternehmens kann insoweit vielleicht mit einer 'Firewall' im Informationsfluss zwischen den Aktionären verglichen werden.
– Vom Leistungsbezüger auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragenes *Personal* muss mit den Arbeitnehmern des Partners nicht gleich behandelt werden. Bei Outsourcingprojekten besteht oft die Gefahr eines Know-how-Verlusts durch Personalfluktuation. Dieser kann allerdings nur bis zu einem gewissen Grad mit der Aufrechterhaltung finanzieller Privilegien entgegen gewirkt werden.
– Durch eine Beteiligung des Leistungsbezügers am Aktienkapital des Gemeinschaftsunternehmens kann die Finanzierung der von ihm veräusserten Infrastruktur erleichtert werden (z.B. via *Sacheinlagen* bzw. *Sachübernahmen*). Dabei sind allerdings auch die steuerlichen Konsequenzen zu prüfen.[54]
– Neben dem Abschluss paralleler Verträge mit verschiedenen Leistungserbringern oder dem Einsatz von General-/Subunternehmerstrukturen stellen Joint Ventures ein weiteres Mittel zur *Koordination der Leistungserbringung durch verschiedene Anbieter* dar.[55] Allerdings sind die Verantwortlichkeitssphären der einzelnen Anbieter in diesem Fall schwieriger gegen einander abzugrenzen. Vom Leistungsbezüger auf das Geimeinschaftsunternehmen übertragenes *Personal* muss mit den Arbeitnehmern des Partners nicht gleich behandelt werden. Bei Outsourcingprojekten besteht oft die Gefahr eines Know-how-Verlusts durch Personalfluktuation. Dieser kann allerdings nur bis zu einem gewissen Grad mit der Aufrechterhaltung finanzieller Privilegien entgegen gewirkt werden.
– Im Hinblick auf das *Backsourcing* bei Beendigung der Leistungserbringung kann die Rückübertragung von Infrastruktur, Personal, Verträgen etc. erleichtert werden, indem sich der Leistungsbezüger Übernahmerechte am Gemeinschaftsunternehmen einräumen lässt.

Die Leistungserbringung durch ein Gemeinschaftsunternehmen kann auf unterschiedlichen Wegen erreicht werden:

– *Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft* mit anschliessendem Abschluss eines Dienstleistungsvertrages zwischen der neuen Gesellschaft und dem Leistungsbezüger.
– *Auslagerung von Infrastruktur und Personal* in eine rechtlich eigenständige Gesellschaft, welche später ganz oder teilweise auf einen oder mehrere Partner übertragen wird. Handelt es sich beim Leistungsbezüger um die öffentliche Hand, dürfen auf diesem Weg die Bestimmungen über die Ausschreibung öffentlicher Aufträge allerdings nicht umgangen werden. Wenn die Ausgliederung eine logische Einheit mit dem Abschluss des Leistungsvertrages bildet, muss sie nach der hier vertretenen Auffassung selbst ins Beschaffungsverfahren miteinbezogen werden.[56]

---

51 Vgl. zu Entwicklungsprojekten der öffentlichen Hand auch EVELYNE CLERC, Innovation et marchés publics: propriété intellectuelle, prototype, concours d'idées, dialogue technique et financement privé, in: NICOLAS MICHEL/ROGER ZÄCH (Hrsg.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz: Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zürich 1998, 83 ff.

52 Vgl. dazu STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, 208 ff., zugl. Diss. Zürich 2000.

53 Vgl. dazu auch Art. 709 Abs. 2 und 762 Abs. 2 OR.

54 Vgl. zu den steuerlichen Aspekten von Public Private Partnerships MARCEL BISCHOF, in: URS BOLZ (Hrsg.), Public Private Partnerships in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2005, 282 ff.

55 Eine Form von Joint Ventures ist übrigens in der VoeB indirekt erwähnt – sie betrifft indessen nur die Anbieter: An Beschaffungsverfahren beteiligen sich oft *Bietergemeinschaften*. Ist für die Ausführung des Auftrags ausnahmsweise eine bestimmte Rechtsform erforderlich, so kann verlangt werden, dass diese bereits im Zeitpunkt des Zuschlags besteht (Art. 21 Abs. 2 VoeB). Vgl. zur Bedeutung dieser Bestimmung kritisch PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht, Freiburg 1999, 44.

56 Vgl. dazu auch L. LENSDORF/U. STEGER (FN 49), 163.

Das öffentliche Beschaffungsrecht sieht die Gründung gemeinsamer Gesellschaften von öffentlicher Hand und Privaten zur Leistungserbringung nicht vor. Das bedeutet nach der hier vertretenen Ansicht jedoch nicht, dass ein solches Vorgehen von vornherein unzulässig wäre. Es sind aber insbesondere folgende Punkte zu beachten.

– Die Konstruktion der gemeinsamen Gesellschaft kommt nur in Betracht, wenn sie konkrete *Vorteile* gegenüber einer direkten Leistungserbringung durch Private mit sich bringt und das Vergabeverfahren rechtsgleich und transparent durchgeführt werden kann.
– Die *Rahmenbedingungen* – d.h. die Eckpunkte von Grundvereinbarung, Satellitenverträgen und Gesellschaftsstatuten (und eventuell auch des Organisationsreglements) – müssen in den Ausschreibungsunterlagen bereits umrissen werden.[57]
– Joint Ventures dürfen nicht zur Umgehung beschaffungsrechtlicher Grundsätze verwendet werden. Die Verpflichtung zur Beteiligung an einer gemeinsamen Gesellschaft darf z.B. nicht als 'Poison Pill' eingesetzt werden, um eine öffentliche Ausschreibung unattraktiv zu gestalten und den Vertrag anschliessend mit modifizierten Konditionen freihändig zu vergeben.[58]
– Es ist zu beachten, dass *explorative Vorgespräche* mit einem potenziellen Partner zu einer Vorbefassung führen können.[59]

Vor der Verwendung gemeinsamer Gesellschaften als Instrument des Beschaffungsrechts sind zudem zahlreiche *praktische wie auch grundsätzliche Fragen* zu klären (z.B. welchen Einfluss das Gesellschaftskapital auf die Berechnung der Schwellenwerte für eine öffentliche Ausschreibung hat, inwieweit die Konditionen der Gesellschaftsgründung bereits vorgegeben werden müssen bzw. Gegenstand des Wettbewerbs unter den Anbietern sind, oder wie der Inhalt der Satellitenverträge abgesichert wird).

Die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen hält für die Bereiche Telekommunikation, Transport und Energieversorgung fest, dass auch *privatrechtliche Organisationen, welche kapitalmässig oder organisatorisch durch die öffentlichen Hand beherrscht werden*, dem Beschaffungsrecht unterstehen.[60] Damit ist jedoch nur die Frage beantwortet, ob diese Organisationen selbst entsprechende Beschaffungen ausschreiben müssen.[61] Nicht ausdrücklich geregelt wird hingegen, unter welchen Voraussetzungen Aufträge an solche Unternehmen dem Beschaffungsrecht unterstehen.[62]

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte unabhängig vom Anwendungsbereich von Art. 2a Abs. 1 VoeB auf die wirtschaftliche und organisatorische[63] Selbständigkeit eines Unternehmens abgestellt werden. In Anlehnung an den Konzernbegriff[64] sind Unternehmen, welche zwar rechtlich selbständig sind, aber effektiv unter der wirtschaftlichen Leitung und Kontrolle einer anderen Organisation stehen, als unselbständig zu betrachten. Ein kompetitives Vergabeverfahren macht nur zwischen Unternehmen Sinn, welche wirtschaftlich und organisatorisch selbständig sind. Andernfalls besteht die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen durch Gleichbehandlung rein privat finanzierter Unternehmen mit solchen, welche durch die öffentliche Hand querfinanziert werden.

9. Variable Preismechanismen

Das wirtschaftlich günstigste Angebot muss zwar nach verschiedenen Kriterien ermittelt werden, doch spielt der Preis

57 Vgl. dazu auch Art. 18 Abs. 1 lit. b VoeB.
58 Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. a VoeB.
59 Vgl. zum Problem der Vorbefassung weiter vorne FN 13.
60 Art. 2a Abs. 1 VoeB. Vgl. dazu auch die Liste in Annex 3 GPA. Diese Bereiche können dem Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts durch die Gründung von privatrechtlich organisierten Gemeinschaftsunternehmen somit nicht entzogen werden. Vgl. dazu auch BRK 2001-007 (VPB 66.5) E. 3c/cc, wo es um die rechtliche Stellung von Swisscontrol/Skyguide ging.
61 Vgl. zur Anwendung des Vergaberechts auf privatrechtliche Unternehmen in der Europäischen Union Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Danach unterstehen auch privatrechtliche Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, welche zur Erfüllung im Allgemeininteresse liegender, nicht kommerzieller Aufgaben gegründet wurden und in enger Verbindung mit der öffentlichen Hand stehen, den vergaberechtlichen Vorschriften. Vgl. dazu den Entscheid des EuGH vom 15.5.2003 in der Rechtssache C-214/00, Slg. 2003 I-04667, E. 50 ff., mit weiteren Hinweisen, sowie L. Lensdorf/U. Steger (FN 49), 164 ff.
62 Vgl. zur Unzulässigkeit der Beteiligung einer Behörde an einer Bietergemeinschaft BRK 2000-021 (VPB 65.80) E. 3. Vgl. auf EU-Ebene den Entscheid des EuGH vom 11.1.2005 in der Rechtssache C-26/2003, ABL C 57/6 vom 5.3.2005. Dort wurde festgehalten, dass ein öffentlicher Auftraggeber beim Abschluss eines Dienstleistungsvertrages mit einer rechtlich selbständigen Gesellschaft, an welcher er zusammen mit Privaten kapitalmässig beteiligt ist, an das EU-Vergaberecht gebunden ist. Vgl. zur Problematik solcher Inhouse-Geschäfte im weiteren Sinn auch Nicolas A. Wittek, Das In-House Geschäft im EG-Vergaberecht: Die mitgliedstaatliche Bedarfsdeckung im Lichte des EG-Vergaberechts unter besonderer Berücksichtigung der In-House-Vergabe, Frankfurt 2004, zugl. Diss. Augsburg 2004, 121 ff. und 229 ff.
63 Vgl. dazu auch Evelyne Clerc, Commentaire Loi sur le marché intérieur, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.) Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Genève 2002, N. 57 ff. zu Art. 5 BMG; sowie M. Beyeler, öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz (FN 11), Rz. 98 f., welche grundsätzlich darauf abstellen, ob die Vergabebehörde auf das verbundene Unternehmen eine analoge Kontrolle wie auf eine Dienststelle ausübt. Vgl. zum Spezialfall der In-House Vergabe von Dienstleistungen nach Noten 1 und 2 zu Annex 4 GPA E. Clerc (FN 63), N. 60 f. zu Art. 5 BMG.
64 Vgl. dazu Roland von Büren, Der Konzern: rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, SPR Band VIII/6, Basel 1997, 15 f.

stets eine zentrale Rolle.[65] Dienstleistungen werden oft anhand von differenzierten Abrechnungsmodellen *verbrauchsabhängig* in Rechnung gestellt. Wenn der Beschaffungsgegenstand verschiedene Leistungsarten enthält, welche jeweils zu unterschiedlichen Ansätzen erbracht werden, kann allerdings bereits die Ermittlung des rechnerisch billigsten Angebots Schwierigkeiten bereiten. Der Bewertungsmatrix der einzelnen Kriterien ist daher ein realistisches Szenario zugrunde zu legen.[66] Die voraussichtlich benötigten Mengen der einzelnen Leistungskategorien sind im Rahmen der Ausschreibung bekannt zu geben.

Maschinenleistungen (z.B. Speicherplatz, Rechengeschwindigkeiten und Übertragungsbandbreiten) werden im Lauf der Zeit erfahrungsgemäss günstiger. Wenn Dienstleistungsverträge mit langer Laufzeit abgeschlossen werden, besteht die Gefahr, dass im Lauf der Zeit nicht mehr marktkonforme Preise bezahlt werden. Dem kann mit einem *Benchmarking*[67] zur periodischen Bewertung einzelner Vertragsleistungen entgegen gewirkt werden.[68] Durch ein solches Verfahren werden die Offertpreise relativiert. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dieses Instrument in öffentlichen Beschaffungen jedoch zulässig, wenn die Grundsätze von Art. 1 BoeB bei seiner Ausgestaltung respektiert werden. Das bedeutet insbesondere, dass alle Angebote im Hinblick auf das Benchmarking vergleichbar sein müssen.

Vertraglich vorgesehene Benchmarkingverfahren werden in der Praxis oft nicht durchgeführt, weil man entweder die Verfahrenskosten scheut oder weil die Vergleichbarkeitskriterien so eng formuliert wurden, dass keine genügende Anzahl von Referenzpreisen ermittelt werden kann. Damit die Offerten miteinander vergleichbar ausfallen, sind die *Eckpunkte des Bewertungsverfahrens* und die *Kostenregelung* bereits im Rahmen der Ausschreibung vorzugeben (d.h. wer die Kosten vorzuschiessen und wer sie unter welchen Voraussetzungen zu tragen hat).

Benchmarking ist nicht die einzige Möglichkeit zur Flexibilisierung der Preise. In der Praxis wird z.B. mit *Meistbegünstigungsklauseln*[69] und fixen *Rabatten* auf variablen Preisen[70] gearbeitet. Wenn von einer Open-Book-Kalkulation ausgegangen wird[71], bei welcher der Anbieter seine interne Preisberechnung offen legt, können Schwankungen der wesentlichen Kostenfaktoren periodisch berücksichtigt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung setzt dies allerdings voraus, dass die Veränderungen objektivierbar sind (z.B. Anbindung an einen Preisindex). Eine Berücksichtigung von individuellen Kostenschwankungen im Betrieb eines Anbieters würde die ursprüngliche Evaluation der Angebote im Beschaffungsverfahren in Frage stellen.

10. Vertragsimplementation und Change Management

Im Laufe der Vertragsdurchführung kommt es oft zu kostenrelevanten Änderungen bzw. Zusatzbestellungen. Verträge für komplexe Leistungen sollten daher nicht rein *spezifikationsorientiert* (Definition der Leistungsinhalte) sondern auch *prozessorientiert* (Definition von Verfahren zur nachträglichen Konkretisierung der Leistungsinhalte) konzipiert werden.[72] Es empfiehlt sich, von Anfang an zu definieren,

65 Art. 21 BoeB. Vgl. dazu BRK 2003-032, VPB 68.120, E. 4 b-d, sowie BGE 129 I 313 E. 9.2, wonach der Preis in der Regel mit mindestens 20% zu gewichten ist. Vgl. demgegenüber allerdings relativierend BRK 2005-002, E. 4d und BGE 2P.274/1999. Ziel der Zuschlagskriterien ist die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebote nach Art. 21 BoeB. Dieses zeichnet sich durch das beste Preis-Leistungsverhältnis aus. Bei standardisierten Leistungen hat das Preiskriterium eine erhöhte Bedeutung (vgl. Art. 21 Abs. 3 BoeB). Je komplexer der Beschaffungsgegenstand, desto mehr muss hingegen die Leistungsseite evaluiert werden. Durch den Einbezug leistungsbezogener Kriterien sinkt das relative Gewicht des Preiskriteriums zwangsläufig.

66 Vgl. zu Bewertungskriterien und Evaluation in öffentlichen Ausschreibungen generell JACQUES PICTET/DOMINIQUE BOLLINGER, Adjuger le marché au mieux-disant, Lausanne 2003, 37 ff.

67 Vgl. zu Begriff und Inhalt des Benchmarking NORBERT NOLTE, Benchmarking in IT-Outsourcing-Verträgen, Computer und Recht 2004, 81 ff.

68 Die Möglichkeit eines Benchmarking kann unter Umständen allerdings auch zu einer Verteuerung der Angebote führen. Wenn das Benchmarking eine vollständige Herabsetzung der Preise auf künftige Marktniveaus erlaubt, können Anbieter nämlich versuchen, allfällige Gewinneinbussen durch eine Erhöhung ihrer Margen für den Zeitraum vor dem Benchmarking vorauszukompensieren.

69 Mit einer *Meistbegünstigungsklausel* verspricht der Anbieter, den Auftraggeber als Vorzugskunden zu behandeln, indem er ihm die jeweils günstigsten Konditionen einräumt. Wird die Meistbegünstigung auch für die Zukunft zugesichert, kann der Auftraggeber von günstigeren Preisen in späteren Verträgen mit Dritten profitieren. Das Meistbegünstigungsrecht ist in der Praxis allerdings schwierig durchzusetzen: Auch wenn Auditrechte für Verträge mit Dritten bestehen, stellt sich regelmässig die Frage, welche Preise bzw. Leistungen gleichartig sind. Der Anbieter kann die Vergleichbarkeit mit der Zusammenstellung neuer Leistungspakete für spätere Kunden zusätzlich erschweren.

70 Anstatt die Preise selbst festzuschreiben, können nur die Preiskonditionen für den Auftraggeber vertraglich fixiert werden. Dies setzt aber voraus, dass ein objektiv bestimmbarer Marktpreis besteht oder dass der Anbieter einheitliche Preislisten verwendet – was nur bei standardisierten Leistungen in Betracht kommt.

71 Vgl. Art. 5 VoeB. Es fragt sich, ob mit einem Anbieter vertraglich auch dann ein Einsichtsrecht in die Kalkulation vereinbart werden darf, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht gegeben sind.

72 Um Probleme frühzeitig zu erkennen und niederschwellig zu thematisieren, ist ein regelmässiges *Claim Management Verfahren* sinnvoll. Dieses erfolgt in der Form gemeinsamer Sitzungen von Vertretern aller beteiligten Parteien. In diesem Rahmen können insbesondere Vertragsinhalte konkretisiert, die Vertragskonformität der Leistungen thematisiert und allfällige Abmahnungen zuhanden des Protokolls festgehalten werden. Vgl. dazu WOLFGANG STRAUB, Informatikrecht, Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung,

in welchem Verfahren und in welcher Form die einzelnen Vertragsdokumente zu modifizieren sind. Allerdings besteht die Gefahr, durch wesentliche Vertragsänderungen den ursprünglichen Zuschlag in Frage zu stellen. Insbesondere ist zu beachten, dass Zusatzbestellungen, welche die Schwellenwerte übersteigen, grundsätzlich nur dann freihändig vergeben werden dürfen, wenn diese aus technischen oder organisatorischen Gründen ausschliesslich vom ursprünglichen Anbieter realisiert werden können.[73] Die Problematik der Ausschreibungspflicht von Zusatzbestellungen kann bis zu einem gewissen Grad dadurch verringert werden, dass die ursprüngliche Ausschreibung bereits ein optionales Regiestundenpaket umfasst.[74] Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Offerten ist jedoch sicherzustellen, dass Abgrenzung und Bewertung von Leistungen zu Fixpreisen und Regiestunden bei allen Anbietern nach den gleichen Grundsätzen erfolgen.

Schon vor dem Abschluss des Vertrages sollte an seine *Implementation ins Projektmanagement* gedacht werden. Selbst sorgfältig redigierte Verträge werden in der Praxis oft ganz anders gelebt (z.B. werden mitunter vertraglich vorgesehene Gremien nie gebildet und Konfliktlösungsmechanismen nicht angewendet).[75] Widersprüchliches Verhalten schafft rechtliches Risikopotenzial für alle Beteiligten. Derartigen Risiken kann durch *vertragliche Auffangregeln* bis zu einem gewissen Grad Rechnung getragen werden. Allerdings dürfen die rechtlichen Möglichkeiten nicht überschätzt werden: Nicht alle Eventualitäten können zum Voraus geregelt werden. Zudem steigt mit der Komplexität des Vertragstextes auch die Gefahr von Widersprüchen. Verträge sollten daher so kurz als möglich bleiben – wie übrigens auch Zeitschriftenbeiträge.

Zürich und Bern 2004, 60 f. Für den Fall, dass man sich über bestimmte Punkte nicht einigen kann, sollte ein effizientes *Eskalationsverfahren* vorgesehen werden, welches auch mit allfälligen parallelen Change Management Verfahren koordiniert ist.

73 Vgl. Art. 13 Abs. 1 Buchstabe c und f VoeB und Art. XV Abs. 1 lit. b und d GPA. Dort ist nur von 'Lieferungen' (*deliveries*) die Rede, doch spricht die Zielrichtung der Regelung dafür, zumindest auch produktebezogene Dienstleistungen wie Wartungsleistungen mit einzubeziehen. Es fragt sich allerdings, ob dieser Tatbestand auch bei IT-Dienstleistungen voraussetzt, dass die ursprüngliche Vergabe einer öffentlichen Ausschreibung unterlag, wie dies für Software der Fall sein muss.

74 Vgl. ferner zur Möglichkeit von Rahmenverträgen für gleichartige Leistungen vorne Ziff. 3.

75 Bei über lange Zeit dauernden Verträgen ist es schwierig, den Überblick zu behalten, was wo geregelt wurde (bzw. was inzwischen wieder abgeändert wurde) und inwieweit alle Beteiligten ihre Leistungs- und Nebenpflichten (insbesondere auch die eigenen Mitwirkungspflichten) erfüllt haben. Wer darüber jederzeit Beweis führen kann, stärkt seine Position gegenüber dem Vertragspartner. Die Dokumentation aller für das Vertragsverhältnis wesentlicher Umstände ist daher frühzeitig zu planen, in komplexen Projekten eventuell über ein elektronisches *Projektinformationssystem*.

L'évaluation et l'acquisition de prestations de longue durée (p.ex. contrats d'infogestion, de développement de logiciels ou de maintenance) forment une tâche hautement exigeante. Cependant, la marge de manœuvre des adjudicateurs publics est restreinte par le droit des marchés publics. Il n'est pas rare que de telles procédures d'adjudication n'aboutissent pas à la réalisation du projet visé. Dans certains cas, une analyse systématique des intérêts et des risques impliqués – complétée par une utilisation efficace des moyens mis à disposition par le droit – permettra d'éviter l'échec. Toutefois, la doctrine suisse n'a pas encore discuté, dans quelle mesure des procédés courants au secteur privé (comme p.ex. la due diligence, le benchmarking ou les joint ventures entre des entités étatiques et des fournisseurs privés) peuvent être utilisés dans le cadre des marchés publics. Cette contribution essaye d'ouvrir des pistes de réflexion quant aux possibilités et quant aux limitations des instruments à disposition des adjudicateurs.