

# Vorbefassung in IT-Projekten: Vor- und Nachteile verschiedener Massnahmen zur Gleichbehandlung

Dr. Ivo Leiss

Dr. Christoph Graf

Dr. Leonie Dörig

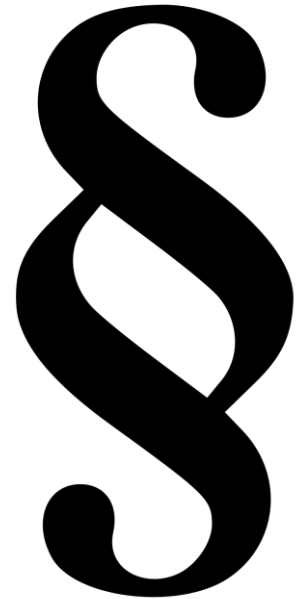
# Inhalt

---

1. Ausgangslage und rechtliche Grundlagen
2. Freihändiges Verfahren
3. Massnahmen zum Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen
4. Unsere Empfehlungen

---

# 1. Ausgangslage und rechtliche Grundlagen



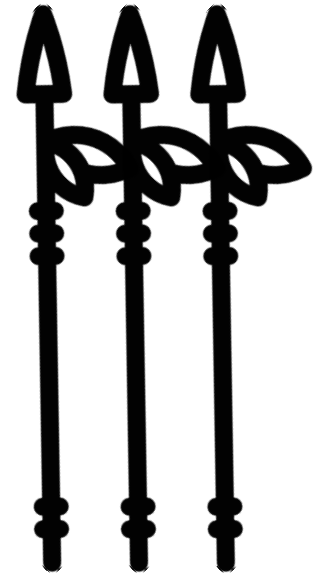
# Grundsatz der Gleichbehandlung

---

Gleichwertige Wettbewerbsbedingungen für alle.

Die Vergabestelle darf keinem Anbieter

- Vorteile gewähren oder
- Nachteile auferlegen.
  
- Kein Wissensvorsprung
- Kein Zuschnitt auf einen spezifischen Anbieter



## Vier Gründe zur Vorbefassung

---

1. Der Anbieter hat die *Ausschreibungsunterlagen erstellt* oder die Vergabestelle dabei unterstützt. So konnte er die Bedingungen der Ausschreibung beeinflussen, weshalb die Gefahr besteht, dass er die Ausschreibung auf seine Interessen zugeschnitten hat.
2. Der Anbieter hatte bereits vor der Ausschreibung *mit der Auftraggeberin Kontakt*.
3. Der Anbieter hat *in der Vorbereitung des Submissionsverfahrens mitgewirkt*, sei es, dass er Projektgrundlagen verfasst oder der Beschaffungsstelle Fachauskünfte erteilt hat.
4. Beim Anbieter handelt es sich um den *bisherigen Leistungserbringer*.

zu 1: BVwGer B-5439/2015, E. 3.1.5.

zu 3: BVwGer B-5439/2015, E. 3.1.5; JÄGER CHRISTOPH, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Zürich/St. Gallen 2009, S. 40 f.

zu 4: BVwGer B-5439/2015, E. 3.1.5.

# Rechtsgrundlagen

---

## Beschaffungsrecht des Bundes

Art. 21a Abs. 1 lit. a VöB

ab 1. Januar 2020: Art. 14 revBöB (Revision des Beschaffungsrechts)

Ausschluss von Anbietern, wenn diese

*«an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren und der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann»*

# Rechtsgrundlagen

---

Kantonale Ebene

§ 8 Vorbefassung (VRöB)

*«Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen.»*

Übernahme in verschiedene kantonale Submissionsverordnungen

# Rechtsgrundlagen

---

Art. 21a Abs. 2 VöB

Geeignete Mittel, um einen Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere

«

- a. die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;*
- b. die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;*
- c. die Verlängerung der Mindestfristen.*

»

*keine Regeln* zum Umgang mit bisherigen Leistungserbringern



# Typische Situationen

---

## **I. Neue Individualentwicklung -> Version 1**

Der Lieferant A hat im Auftrag der Bedarfsstelle in der Phase «Konzept» unterstützt (Systemkonzept, Integrationskonzept, Betriebskonzept), erstellt. Nun wird ein Lieferant B für die Realisierung gesucht.

## **II. Redesign einer bestehenden Individualentwicklung -> Version 2**

Die Version 1 läuft seit mehreren Jahren erfolgreich. Der Lieferant A1 hat zuvor im Auftrag der Bedarfsstelle das Systemkonzept zur Version 1 erstellt. Der Lieferant B1 hat die Version 1 realisiert. Der Lieferant C1 hat die Version 1 betrieben. Nun braucht es ein Redesign der Applikation (Version 2). Der Lieferant A2 hat im Auftrag der Bedarfsstelle das Systemkonzept für die Version 2 erstellt. Nun wird ein Lieferant B2 für die Realisierung gesucht.

**Die bisherigen Lieferanten besitzen für das Projekt wertvolles Know-how. Sie sollten nicht ausgeschlossen werden.**

---

## 2. Freihändiges Verfahren –

legitim  
und manchmal der bessere Weg



# Voraussetzungen

---

## Beschaffungsrecht des Bundes

### Art. 13 Abs. 2 VöB

#### ab 1. Januar 2020: Art. 21 revBöB (Revision des Beschaffungsrechts)

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.

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.

Dokumentation, mit Erklärung der Umstände und Bedingungen für die freihändige Vergabe

---

## Beispiel 1: Universitätsspital Basel

---

Projekt-Titel: **CDHW Engineering IT-Logix**

Simap Projekt-ID 190970

Publikation des Zuschlags am 27.07.2019

«Um den Auftrag ausführen zu können, ist aus Kapazitäts- und Zeitgründen die Einbindung eines externen Dienstleisters (Logix IT) notwendig, der neben der Systemlandschaft auch die prozessualen Besonderheiten der Abt. IT des USB kennt. Relevant ist der Umstand, dass das USB gemeinsam mit Logix IT einen Prototypen entwickeln soll, im Rahmen dessen urheberrechtlich geschütztes Know-How generiert wird. Auch aus diesem Grunde ist eine Ausschreibung nicht angezeigt.»

Also: §19 lit. g und h BeG/BS

## Beispiel 2: Kantonspolizei Bern

---

Projekt-Titel: **Avanti ELS Anpassungen**

Simap Projekt-ID 191725

Publikation des Zuschlags am 08.08.2019

Ausnahmegründe von Art. 7 Abs. 3 lit. c und f ÖBV/BE

Das Herzstück der kantonalen Notruf- und Alarmierungsplattform ist AVANTI ELS, welches von der Firma Swisscom (Schweiz) AG bereitgestellt und betrieben sowie auch weiterentwickelt wird. Ein zentraler Teil der Erneuerung der ICT-Infrastruktur der EZ-Arbeitsplätze umfasst Anpassungen und Ergänzungen am System AVANTI. Eine Ausführung dieser Arbeiten sowie die Lieferung der betreffenden Systeme muss durch Swisscom erfolgen.

---

## 3. Massnahmen zum Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen



# Mögliche Massnahmen

---

## Häufig

- Bisherige Lieferanten bekannt geben
- Alle relevanten Dokumente verfügbar machen
- Minimalfrist zur Einreichung der Angebote verlängern

## Gelegentlich

- Test-Konto einrichten
- Source Code zur Verfügung stellen
- Einarbeitung und Knowhow-Transfer zum Fixpreis vergüten (falls neuer, vom alten unabhängigen Anbieter)

## Bisherige Lieferanten bekannt geben

Auftraggeberin

Auftraggeberin +

- Geringer Aufwand.
- Erhöht die Transparenz des Verfahrens.

Auftraggeberin -

- Geringe Ausgleichswirkung.
- Reduziert die Anzahl eingehender Angebote.

Positiv

- Hilft, die eigenen Chancen richtig zu beurteilen.

Negativ

- Keine.

Anbieterin +

Anbieterin

Anbieterin -



# Alle relevanten Dokumente verfügbar machen

Auftraggeberin

Auftraggeberin +

- Zwingt alle Beteiligten, ausreichend zu dokumentieren.
- Diese Dokumente sind auch während des Projektes hilfreich.
- U.U. eher gute Ausgleichswirkung.

Auftraggeberin -

- Alles kann man gar nicht verfügbar machen.
- Was ist relevant?
- Kann je nach dem aufwändig werden.
- Erfordert ev. eine Vertraulichkeitserklärung durch die Anbieterinnen.

Positiv

- Dokumente geben Einblick, wie es andere machen -> evtl. Lerneffekt.
- Im Angebot eigenes (besseres) Dokumentationskonzept hervorheben.

Negativ

- Studium je nach Umfang sehr aufwändig -> hohe Offertkosten.
- Relevanz von Dokumenten kann nicht unbedingt beurteilt werden.

Anbieterin +

Anbieterin

Anbieterin -

# Minimalfrist zur Einreichung der Angebote verlängern

Auftraggeberin

Auftraggeberin +

- Kein Aufwand.
- Erhöht u.U. die Anzahl eingehender Angebote.

Auftraggeberin -

- Geringe Ausgleichswirkung.
- Man verliert ein wenig Zeit -> in Anbetracht des Zeitbedarfs für andere Projektschritte aber eigentlich vernachlässigbar.

Positiv

- Mehr Zeit für die Etablierung von Partnerschaften.
- Hilft, um Ferienabwesenheiten von Schlüsselpersonen für die Offertstellung zu überbrücken.

Negativ

- Gefahr von höheren Offertkosten.
- Pseudo-Ausgleich.

Anbieterin +

Anbieterin

Anbieterin -

# Test-Konto einrichten

Auftraggeberin

Auftraggeberin +

- Wenn technisch möglich: Geringer Aufwand.

Auftraggeberin -

- Geringe Ausgleichswirkung.
- Technisch nicht immer möglich.
- Zeigt die bisherige Version (Gefahr des Missverständnisses).
- Fokussiert auf das alte, lenkt vom Ziel ab.

Positiv

- Erlaubt u.U., eine Aufgabenstellung schnell zu erfassen.
- Gute *Ergänzung* zur Benutzerdokumentation.

Negativ

- Zeigt die bisherige Version (Gefahr des Missverständnisses).
- Zeigt nicht alles, z.B. Admin-Funktionalität.

Anbieterin +

Anbieterin

Anbieterin -

# Source Code zur Verfügung stellen

Auftraggeberin

## Auftraggeberin +

- Geringer Aufwand.
- Gibt gutes Gefühl, “alles” offen gelegt zu haben.
- Erhöht u.U. die Anzahl eingehender Angebote.

## Auftraggeberin -

- Geringe Ausgleichswirkung.
- Aus Schutz des geistigen Eigentums oder Datenschutz nicht immer möglich.
- Wenn doch: Erfordert i.d.R. eine Vertraulichkeitserklärung durch die Anbieterinnen.

Positiv

Negativ

- Code gibt Einblick, wie es andere machen -> Lerneffekt.

- Technologisch häufig veraltet und keine Basis mehr.
- Wenn doch: Sehr aufwändig.
- Ist meist keine wichtige Informationsquelle, weil zu detailliert.
- Auffinden von Informationen ist aufwändig.

## Anbieterin +

Anbieterin

## Anbieterin -

# Einarbeitung und Knowhow-Transfer zum Fixpreis vergüten

Auftraggeberin

Auftraggeberin +

- Gute Ausgleichswirkung, fördert den Wettbewerb.
- Mehrpreis ist unbedeutend.

Auftraggeberin -

- Wie hoch soll der Fixpreis bemessen sein?
- Erfordert zusätzliche Mittel (für den neuen Lieferanten).

Positiv

- Faire Lösung.
- Ein «wirklicher» Ausgleich, weil der Aufwand (z.T.) entschädigt wird.

Negativ

- Keine.

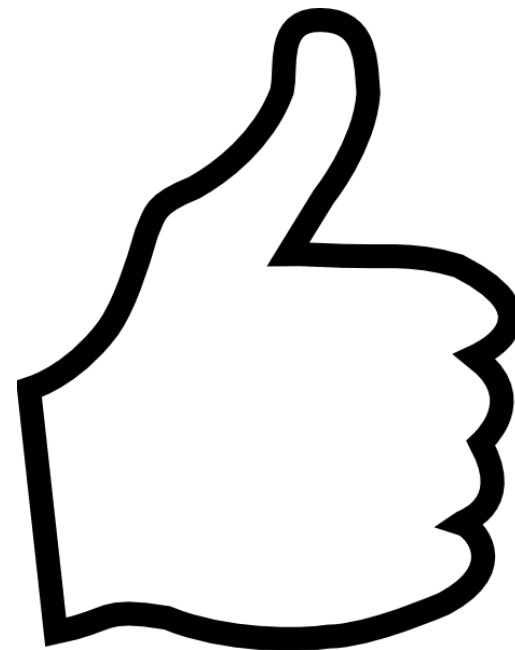
Anbieterin +

Anbieterin

Anbieterin -

---

## 4. Unsere Empfehlungen





Bisherige Lieferanten haben für die Auftraggeber häufig sehr wertvolles Know-how. Sie sollten deshalb wenn immer möglich nicht von einer Ausschreibung ausgeschlossen werden.



Die Möglichkeit eines freihändigen Verfahrens prüfen. Es ist Ihr Recht und manchmal der “schmerzlosere” Weg für alle Beteiligten.



Bisherige Lieferanten bekannt geben, relevante Dokumente verfügbar machen und Minimalfrist zur Einreichung der Angebote verlängern machen immer Sinn, haben aber wenig ausgleichende Wirkung.



Knowhow-Transfer zum Fixpreis vergüten bedeutet (im Falle eines neuen Lieferanten) zwar (geringe) Mehrkosten, ist aber eine der wenigen Massnahmen, welche den Wettbewerbsvorteil wirklich ausgleichen kann.



Dr. sc. nat. Ivo Leiss  
[ivo.leiss@ebp.ch](mailto:ivo.leiss@ebp.ch)



Dr. phil. II Christoph Graf  
[christoph.graf@ebp.ch](mailto:christoph.graf@ebp.ch)



Dr. iur. Leonie Dörig  
[leonie.doerig@ebp.ch](mailto:leonie.doerig@ebp.ch)

