

Magister

Igor Babić

Rechtliche Herausforderungen bei der Beschaffung von Software-as-a-Service-Lösungen

ISBN 978-3-03916-245-1

Editions Weblaw
Bern 2024

Zitiervorschlag:

Igor Babić, Rechtliche Herausforderungen
bei der Beschaffung von Software-as-a-Service-Lösungen,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2024

Rechtliche Herausforderungen bei der Beschaffung von Software-as-a-Service-Lösungen

Masterarbeit

Igor Babić



Matrikel-Nr. [REDACTED]
igor.babic@stud.unilu.ch

betreut von Dr. iur. Phil Baumann im Frühlingssemester 2024
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Im Sinne einer inklusiven Sprache wird in dieser Arbeit auf die Verwendung des generischen Maskulinums verzichtet. Stattdessen werden möglichst geschlechtsneutrale Begriffe oder, zur Inklusion aller Geschlechter, der Genderstern (*) verwendet. Zur Verbesserung der Lesbarkeit werden bei generischen Personenbezeichnungen mit Genderstern überwiegend Pluralformen verwendet und damit auch grammatisch falsche Formen in Kauf genommen.

Beispiel:

<i>Die Anbieter*innen</i>	anstatt	<i>Der/die Anbieter/in</i>
<i>Die Lieferant*innen</i>	anstatt	<i>Der/die Lieferant/in</i>

Die in dieser Arbeit angewendete Schreibweise stützt sich auf den Leitfaden «Sprache & Bild» der Fachstellen für Chancengleichheit und Diversity der Luzerner Hochschulen.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis.....	X
Materialienverzeichnis.....	XIV
I. Einleitung.....	1
1. Forschungsfragen	1
2. Untersuchungsgang	1
II. Grundlagen	2
1. Zweck des Vergaberechts	2
A. Allgemein	2
B. Aufgaben des Vergaberechts.....	2
a. Wirtschaftlicher und nachhaltiger Mitteleinsatz.....	2
b. Transparenz	3
c. Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung	3
d. Wettbewerbsförderung.....	4
2. Software-as-a-Service.....	4
A. Definitionen	4
a. Software.....	4
b. Software-as-a-Service.....	5
B. Rechtliche Einordnung	6
C. Ausgewählte Vor- und Nachteile	7
a. Kostenflexibilität und -höhe.....	7
b. Operative Flexibilität.....	7
c. Betriebliche Abhängigkeit.....	7
d. Datenschutz- und Sicherheitsbedenken.....	8
3. Geltungsbereich des Vergaberechts	8
A. Allgemein	8
B. In Bezug auf Software-as-a-Service	9
III. Vergaberechtliche Parameter und Lösungsansätze	9

1. Auftragswert	9
A. Schätzung durch Vergabestelle	9
B. Gegenstand der Schätzung.....	10
a. Gesamtheit der Leistungen	10
b. Lose	12
c. Laufzeit.....	13
C. Umsetzung bei SaaS-Lösungen.....	15
a. Bestandteile der Leistung	15
b. Aufteilung in Lose	17
c. Laufzeit.....	18
2. Verfahrensarten.....	20
A. Schwellenwerte und Verfahrensarten im Allgemeinen.....	20
B. Verfahrensarten im Einzelnen.....	21
a. Offenes und selektives Verfahren	21
b. Einladungsverfahren.....	23
c. Freihändiges Verfahren.....	23
C. Bedeutung für SaaS-Lösungen	25
a. Offenes und selektives Verfahren	25
b. Einladungsverfahren.....	26
c. Freihändiges Verfahren aufgrund fehlender oder unbrauchbarer Angebote	26
d. Freihändiges Verfahren aufgrund technischer oder künstlerischer Besonderheiten....	27
e. Freihändiges Verfahren aufgrund zeitlicher Dringlichkeit	29
f. Freihändiges Verfahren zur Vermeidung hoher Schwierigkeiten oder Wechselkosten	30
3. Vergabeanforderungen.....	33
A. Allgemeines zu ausgewählten Vergabeanforderungen	33
a. Teilnahmebedingungen.....	33
b. Eignungskriterien	33
c. Zuschlagskriterien	34
d. Technische Spezifikationen	35

B. Relevante Vergabeanforderungen bei SaaS-Lösungen	36
a. Eignungskriterien	36
b. Berücksichtigung von Ohnehin-Kosten	38
c. SaaS-typische Qualitätskriterien	39
d. «SaaS» in den Ausschreibungsunterlagen	39
IV. Schlussfolgerungen.....	41
1. Klarheit über Vergabegegenstand.....	41
2. Lock-In-Gefahr.....	42
3. Umgehung des Vergaberechts.....	43
4. Zweckkonflikte.....	45
Selbständigkeitserklärung.....	47

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen der Autor*innen sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

BANDULET FRIEDRICH ET. AL.	Software-as-a-Service as Disruptive Innovation in the Enterprise Application Market, in: Benlian Alexander/Hess Thomas/Buxmann Peter (Hrsg.), Software-as-a-Service, Anbieterstrategien, Kundenbedürfnisse und Wertschöpfungsstrukturen, Wiesbaden 2010
BENLIAN ALEXANDER/HESS THOMAS (Hrsg.)	Chancen und Risiken des Einsatzes von SaaS – Die Sicht der Anwender, in: Benlian Alexander/Hess Thomas/Buxmann Peter (Hrsg.), Software-as-a-Service, Anbieterstrategien, Kundenbedürfnisse und Wertschöpfungsstrukturen, Wiesbaden 2010
BEYELER MARTIN	Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Habil. Bern, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. Geltungsanspruch)
BEYELER MARTIN (Hrsg.)	Die Rechtsprechung 2012–2013, in: Stöckli Hubert/Beyeler Martin (Hrsg.), Das Vergaberecht der Schweiz, Überblick - Erlasse - Rechtsprechung, 9. Aufl., Freiburg 2014, S. 465 ff. (zit. Vergaberecht)
BIAGGINI GIOVANNI/HÄNER ISABELLE/SAXER URS/SCHOTT MARCUS (Hrsg.)	Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. BEARBEITER*IN, FHB Verwaltungsrecht, N ...)
BOCK CHRISTIAN (Hrsg.)	Öffentliches Beschaffungsrecht, Submissionsrecht, Basel 1996

- BÜHLER SIMON
Der Fluch des Gewinners in der öffentlichen Beschaffung, AJP 5/2012, S. 685 ff.
- DAUCOURT PHILIPPE/MAURER LUC
Les logiciels d'entreprise à l'heure du Cloud Computing, ST 8/11, S. 600 ff.
- DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA
Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen, in: recht 3/2019, S. 166 ff.
- DI CICCO DOMENICO
Le prix en droit des marchés publics, Le prix comme valeur du marché et comme critère d'examen de l'offre, Diss. Fribourg, Genève/Zürich/Bâle 2022
- DIEBOLD NICOLAS/DIEM LEANDRA
Zerstückelungsverbot und Additionspflicht, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2022 / Marchés publics 2022, Zürich/Basel/Genf 2022, S. 195 ff.
- ECKHARDT JENS
Software as a Service (SaaS) – Rechtliche Rahmenbedingungen, in: Köhler-Schute Christiana (Hrsg.), Software as a Service, SaaS: Strategien, Konzepte, Lösungen und juristische Rahmenbedingungen, Berlin 2009
- EGGEN MIRJAM
Vertragsfreiheit in der Wolke, AJP 5/2021, S. 577 ff.
- EGLI URS
Informatikbeschaffung Vertragskonzepte für IT-Kunden, AJP 12/2005, S. 1455 ff.
- EGLOFF WILLI
Kommentierung von Art. 2 URG, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. EGLOFF, Art. ... URG N ...)

FÖCKELER CHRISTOPH	Neue Anbieterstrategien: Wie Salesforce.com den Software-Markt umkrempelt, in: Benlian Alexander/Hess Thomas/Buxmann Peter (Hrsg.), Software-as-a-Service, Anbieterstrategien, Kundenbedürfnisse und Wertschöpfungsstrukturen, Wiesbaden 2010
FRÖHLICH-BLEULER GIANNI	Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014
GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC	Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
GANZ GEORGE M.	Schwellenwerte und Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen, PBG 1/2001, S. 5 ff.
GAUCH PETER	Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, BR 4/1996, S. 99 ff.
HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS	Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013
JAQUIER MANUEL	Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics, Etude de droit suisse et européen, Diss. Fribourg 2017, Genève/Zurich/Bâle 2018
JOCHUM KATHARINA	Beschwerden gegen freihändige Vergabe des Kantonsspitals St. Gallen, Winterthur 2024, < https://www.inside-it.ch/beschwerden-gegen-freihändige-vergabe-des-kantons%C2%ADspitals-st-gallen-20240426 > (besucht am: 19. Mai 2024) (zit. SAP Kantonsspital St. Gallen)

JOCHUM KATHARINA	Zürich findet keinen DMS-Anbieter und plant Freihänder, Winterthur 2023, < https://www.inside-it.ch/zuerich-findet-keinen-dms-anbieter-und-plant-freihaender-20231110 > (besucht am: 30. April 2024) (zit. DMS Kanton Zürich)
KLAUS SAMUEL	DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, Identifikation und Analyse von Lenkungsinstrumenten im Rahmen von De-/Regulierungsvorgängen in Primärinfrastruktursektoren, Diss. Zürich, Norderstedt 2009
KUONEN DOMINIK	Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005
LAPPERT NANDO/GOULD SIMON	Datenlöschung bei der Nutzung von SaaS, in: EF 4/2023 S. 148 ff.
LUDIN MARTIN	Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre, Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und in der Schweiz, Diss. Luzern, Zürich/St. Gallen 2019
MANHARDT SANDRA	Der «Software as a Service»-Vertrag, Vertragsrechtliche Aspekte neuer Formen der Softwareüberlassung, Diss. Salzburg 2011, Wien 2012
MARTI MARIO	Der Paradigmenwechsel im öffentlichen Beschaffungsrecht, Umsetzung des neuen Beschaffungsrechts aus der Sicht der Bauwirtschaft, Bern 2022
MASCELLO BRUNO	Beschaffung von Rechtsdienstleistungen und Management externer Anwälte, Zürich/Basel/Genf 2015

NAGEL TREVOR W.	Structuring Outsourcing, in: Weber Rolf H./Berger Mathis/Auf der Maur Rolf (Hrsg.), IT-Outsourcing, ICT: Rechtspraxis I, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 1 ff.
POLTIER ÉTIENNE	Droit des marchés publics, 2 ^e éd., Berne 2023
RAUBER GEORG	Lizenzierung von Software, in: Anwaltsrevue 1/2021 S. 35 ff.
RHINOW RENÉ/SCHMID	Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
GERHARD/BIAGGINI	
GIOVANNI/UHLMANN FELIX	
SCHIPPEL ROBERT	Cyber-physische Systeme als Anwendungsfall von Application Service Providing und Datenvending, InTeR 2022 S. 9 ff.
SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA	Anbieter, Offerten, Kriterien, BR 1/2020 S. 32 ff. (zit. Anbieter/Offerten/Kriterien)
SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA	Auftragswerte und Vergabeverfahren: Was muss zwingend zusammengerechnet, was darf aufgeteilt werden?, in: Kriterium 37/2014, S. 1 ff. (zit. Auftragswerte)
SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA	Die Bewertung des Preises, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2018 / Marchés publics 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 327 ff. (zit. Preisbewertung)
SCHOTT MARKUS	Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Habil. Zürich 2009, Zürich/St. Gallen 2010

SCHWENDENER THOMAS	St. Gallen will Steuersoftware für 44 Millionen Franken konsolidieren, Winterthur 2023, < https://www.inside-it.ch/st-gallen-will-steuersoftware-fuer-44-millionen-franken-konsolidieren-20230131 > (besucht am: 30. April 2024)
SPINDLER GERALD	Rechtliche Rahmenbedingungen des «Software as a Service»-Konzepts, in: Benlian Alexander/Hess Thomas/Buxmann Peter (Hrsg.), Software-as-a-Service, Anbieterstrategien, Kundenbedürfnisse und Wertschöpfungsstrukturen, Wiesbaden 2010
TEICHMANN ERIC	Möglichkeiten und Grenzen der Beeinflussung des Vertragscharakters eines Infrastructure-as-a-Service-Vertrages durch die Parteien, in: Mascello Bruno (Hrsg.), Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft VII, Zürich/Basel/Genf 2021
TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.)	Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. BEARBEITER*IN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. ... BöB/IVöB N ...)
TRÜEB HANS RUDOLF/CLAUSEN NATHALIE	Kommentierung BöB, in: Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. ... BöB N ...)
VOGT RETO	Vendor Lock-in: BIT vergibt Freihänder an Atos, Winterthur 2023, < https://www.inside-it.ch/vendor-lock-in-bit-vergibt-freihaelnder-anatos-20230705 > (besucht am: 19. Mai 2024)

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
aBöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (AS 1996 508)
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel(n)
Aufl.	Auflage
aVöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (AS 1996 518)
aVöB-SG	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [des Kantons St. Gallen] vom 21. April 1998 (nGS 45–62)
BAFU	Bundesamt für Umwelt
BAöB	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68)
BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bGS	bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Ausserrhoden
BIT	Bundesamt für Informatik und Telekommunikation
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1)
BR	Baurecht (Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen) (Zürich)
BStGer	Schweizerisches Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts

BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
CD-ROM	Compact Disc Read-Only Memory
CHF	Schweizer Franken
CPV	Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (Common Procurement Vocabulary)
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (SR 235.1)
E.	Erwägung
éd.	édition (Auflage)
EF	EXPERT FOCUS (Zürich)
EG	Europäische Gemeinschaften
ERP	Enterprise-Resource-Planning
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende/fortfolgende
FHB	Fachhandbuch
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947 (SR 0.632.21)
gl.M.	gleicher Meinung
GPA	GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, revidiert am 30. März 2012 (SR 0.632.231.422)
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber*in
i.d.R.	in der Regel
InTeR	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (Frankfurt am Main)
i.S.v.	im Sinne von
ISO	Internationale Organisation für Normung

i.V.m.	in Verbindung mit
IT	Informationstechnik
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019
KMG	Bundesgesetz über das Kriegsmaterial vom 13. Dezember 1996 (Kriegsmaterialgesetz, SR 514.51)
KMV	Verordnung über das Kriegsmaterial vom 25. Februar 1998 (Kriegsmaterialverordnung, SR 514.511)
lit.	litera
LS	Gesetzessammlung des Kantons Zürich
MWST	Mehrwertsteuer
N	Note
nGS	Neue Reihe der Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
OFK	Orell-Füssli-Kommentar
PBG	PBG aktuell (Zeitschrift für öffentliches Baurecht)
resp.	respektive
RFI	Request for Information
RL	Richtlinie
RL 2009/24/EG	Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl 2009 L 111/16
RL 2014/24/EU	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94/65
S.	Seite(n)
SaaS	Software-as-a-Service
SIMAP	Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz
SLA	Service Level Agreement
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts

ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
SZR	Sonderziehungsrechte
u.a.	unter anderem
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
Verordnung (EG) Nr. 213/2018	Verordnung (EG) Nr. 213/2008 der Kommission vom 28. November 2007 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) und der Vergabерichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG im Hinblick auf die Überarbeitung des Vokabulars
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Februar 2020 (SR 172.056.11)
VöB-AR	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [des Kantons Appenzell Ausserrhoden] vom 13. September 2004 (bGS 712.11)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1)
WTO	Welthandelsorganisation
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Materialienverzeichnis

GATT-Botschaft 2	Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2) vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 950 ff.
Botschaft Totalrevision BöB	Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff.

I. Einleitung

1. Forschungsfragen

Im digitalen Zeitalter setzt der Staat in vielen Bereichen seiner Aufgabenerfüllung auf Software-Lösungen. Nach dem allgemeinen Verständnis wird eine Software lokal auf dem Endgerät der Anwender*innen installiert und damit ebenso lokal betrieben. Weiter wird der Bezug von Online-Dienstleistungen wie Google Docs oder Microsoft 365 immer mehr zur Selbstverständlichkeit. Genauso zeichnet sich ein Trend ab, wonach der Staat die für seine Aufgabenerfüllung benötigte Software-Lösungen als «Software-as-a-Service» (kurz «SaaS») beschafft. Anwender*innen greifen über das Internet auf die Software zu, während das ganze Rundherum, namentlich der Betrieb und die Wartung der erforderlichen Infrastruktur, an die Anbieter*innen ausgelagert wird.

Der Staat untersteht bei der Beschaffung von Leistungen dem Vergaberecht – so auch bei der Beschaffung von Software-Lösungen. Mit SaaS als alternative Betriebsform stellen sich zusätzliche vergaberechtliche Fragen. Diese Arbeit bezweckt die Ermittlung der vergaberechtlichen Parameter, welche in Bezug auf SaaS-Lösungen besonders relevant sind. Diese Parameter sollen Aufschluss darüber geben, welche rechtlichen Herausforderungen sich bei der Beschaffung und der Inanspruchnahme von SaaS-Lösungen stellen.

2. Untersuchungsgang

Das im Jahr 2021 in Kraft getretene revidierte BöB und die heute in fast allen Kantonen geltende revidierte IVöB dienen als wichtigste rechtliche Grundlage für die Beantwortung der zuvor geschilderten Forschungsfragen. Nach einer kurzen Einführung über die wichtigsten Begriffe werden die vergaberechtlichen Bestimmungen in drei Aspekten durchleuchtet. Zunächst ist der zu beurteilende Beschaffungsgegenstand zu umschreiben und sein *Auftragswert* zu schätzen, zumal dieser für den weiteren Verfahrensverlauf massgeblich ist. Basierend auf den Beschaffungsgegenstand ist das anzuwendende *Vergabeverfahren* zu bestimmen. Schliesslich stellt die Vergabestelle die Weichen für die Zuschlagsvergabe mit den *Vergabeanforderungen*.

Einige rechtliche Herausforderungen können sich für Softwarebeschaffungen unabhängig ihrer Betriebsform und damit für lokal betriebene Software und SaaS-Lösungen gleichermaßen stellen. Wo immer möglich werden Abgrenzungen zwischen diesen beiden Betriebsformen vorgenommen.

II. Grundlagen

1. Zweck des Vergaberechts

A. Allgemein

Mit dem Erlass des BöB 1994 strebte man als Hauptziel an, eine Wettbewerbslage bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu schaffen. Ein solcher Wettbewerb soll dazu führen, dass öffentliche Mittel wirtschaftlich verwendet werden. Im Sinne des GATT schwang zudem das Bestreben mit, einen diskriminierungsfreien Welthandel zu fördern. Mit der Schaffung einer Wettbewerbslage sollen diese bestrebte Liberalisierung einerseits und die Wettbewerbsfähigkeit von Anbieter*innen andererseits gefördert werden.¹ Eine solche Förderung ist nötig, zumal der Staat auf dem Beschaffungsmarkt eine besondere Rolle einnimmt. Dieser tritt einerseits als Nachfrager mit einer bedeutenden Finanzkraft auf,² andererseits verspürt der Staat keinen Wettbewerbsdruck.³ Aufgrund dieser Eigenschaften kommt dem Staat im Beschaffungsmarkt eine gewisse Wirtschaftsmacht zu.

Während in den Neunzigern der wirtschaftliche Mitteleinsatz und die Förderung des Wettbewerbs deutlich im Fokus standen,⁴ zeichnet sich eine neue Tendenz ab, wonach vom Vergaberecht zusätzlich eine aktive Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt und einer nachhaltigen Wirtschaft erwartet wird.⁵ Das BöB sowie die IVöB legen in ihrer heutigen Fassung in ihren Zweckartikeln⁶ nebst der Wettbewerbsförderung weitere Aufgaben fest.

B. Aufgaben des Vergaberechts

a. Wirtschaftlicher und nachhaltiger Mitteleinsatz

Das Vergaberecht, welches primär den Einsatz von öffentlichen Mitteln steuert, schreibt einerseits einen wirtschaftlichen und andererseits einen nachhaltigen Mitteleinsatz vor.⁷ Die Wirtschaftlichkeit meint einen effizienten Einsatz staatlicher Ressourcen.⁸ Entscheidend ist allerdings nicht nur der Preis, sondern es sind auch die Qualität der Leistungen sowie andere Faktoren, welche im Ermessen der Vergabestelle liegen, bei einer Beschaffung zu berücksichtigen.⁹

¹ GATT-Botschaft 2, S. 1176.

² LUDIN, N 16; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 N 16.

³ LUDIN, N 17.

⁴ TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 BöB/IVöB N 2.

⁵ DE ROSSA GISIMUNDO, S. 167 f.

⁶ Art. 2 BöB/IVöB.

⁷ Art. 2 lit. a BöB/IVöB.

⁸ TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 BöB/IVöB N 12.

⁹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1884.

Der wirtschaftliche Einsatz öffentlicher Mittel war nach altem Recht mitunter die einzige Voraussetzung.¹⁰

Ergänzt wurde dieses Ziel im Zuge der Revision des BöB und der IVöB mit dem Erfordernis der Nachhaltigkeit. Das Vergaberecht erfuhr damit einen Paradigmenwechsel.¹¹ Der Begriff der Nachhaltigkeit ist breit auszulegen¹² und umfasst drei Dimensionen: eine volkswirtschaftliche, eine ökologische und eine soziale.¹³ Mit der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit sind Vergabestellen gehalten, ihre Mittel für Beschaffungen sorgsam einzusetzen, zumal diese aus Steuergeldern bestehen. So ist der Preis einer Leistung ein zentrales Zuschlagskriterium, wobei unter Berücksichtigung von Qualität und anderen Faktoren nicht immer die Leistung mit dem tiefsten Preis obsiegen muss.¹⁴ Der Begriff der volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit wird vereinzelt auch als Instrument zum Schutz des schweizerischen Lohn- und Schutzniveaus verstanden, was in der Umsetzung allerdings unvereinbar wäre mit dem Grundsatz der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung nach GPA.¹⁵ Unter der ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit finden nichtwirtschaftliche Zuschlagskriterien ebenfalls Berücksichtigung, namentlich der schonende Umgang mit Umweltressourcen oder Arbeitsbedingungen bei der Erbringung der Leistung.¹⁶

b. Transparenz

Mit Transparenz, welche Art. 2 lit. b BöB/IVöB fordert, wird Fairness und Marktzutritt garantiert. Demnach sind Vergabestellen nach dem Transparenzgebot u.a. gehalten, Zuschlagskriterien mitsamt ihrer Gewichtung im Vorfeld zu definieren und bekanntzugeben.¹⁷ Verstöße gegen das Transparenzgebot können u.a. eine ungenügende Dokumentation der Vergabestelle¹⁸ oder das Abweichen von bereits bekanntgegebenen Zuschlagskriterien in der Bewertung der Angebote sein.¹⁹

c. Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung von Art. 2 lit. c BöB/IVöB zufolge dürfen Vergabestellen einzelnen Anbieter*innen keine Vor- oder Nachteile

¹⁰ Art. 1 Abs. 1 lit. c aBöB.

¹¹ MARTI, S. 12.

¹² Botschaft Totalrevision BöB, S. 1885.

¹³ MARTI, S. 13 f.

¹⁴ TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 BöB/IVöB N 14.

¹⁵ TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 BöB/IVöB N 18.

¹⁶ MARTI, S. 14 f.

¹⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1886; BGE 125 II 86 E. 7 c/d S. 100 ff.

¹⁸ Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. Oktober 2016 E. 4.5.

¹⁹ Urteil des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3.

gewähren oder auferlegen, welche für andere Anbieter*innen nicht gelten. Insbesondere dürfen Eignungskriterien oder technische Spezifikationen nicht auf einzelne Anbieter*innen zugeschnitten sein.²⁰

d. Wettbewerbsförderung

Mit der Förderung eines wirksamen und fairen Wettbewerbs nach Art. 2 lit. d BöB/IVöB sollen die Beschaffungsmärkte vor Kartellen, Marktmachtmissbräuchen und Korruption geschützt werden.²¹ Der Schutz des «wirksamen» Wettbewerb ist bereits Gegenstand des Kartellrechts²² und umfasst nur jene Verhaltensweisen, welche den Wettbewerb ohne wirtschaftliche Effizienzgründe erheblich beeinträchtigen.²³ Während das Kartellrecht den Wettbewerb in bestehenden Märkten schützt, bezweckt das Vergaberecht im Sinne der Wettbewerbsförderung die eigentliche Schaffung von Märkten, sodass erst Wettbewerb entsteht.²⁴ Unter einem «fairen» Wettbewerb wird teilweise eine Gegenposition zu einem reinen Preiswettbewerb verstanden, wobei protektionistische Ziele mit den internationalen Verpflichtungen (z.B. GPA) unvereinbar sind.²⁵

2. Software-as-a-Service

A. Definitionen

a. Software

Software im Allgemeinen meint den nicht körperlichen Teil eines Computersystems,²⁶ wobei zwischen Betriebs- und Anwendungssoftware unterschieden wird. Eine Betriebsssoftware stellt die Grundlage für das Funktionieren eines Computersystems dar, während Anwendungssoftware von Anwender*innen aktiv bedient werden, um konkrete Aufgaben zu erfüllen (z.B. Textverarbeitung). In der Umgangssprache spricht man bei Anwendungssoftware auch von «Programmen».²⁷ Weiter wird zwischen Individual- und Standardsoftware unterschieden. Eine Standardsoftware richtet sich an eine Vielzahl von Anwender*innen mit ähnlichen zu erfüllenden

²⁰ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1886.

²¹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1886.

²² TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 BöB/IVöB N 33.

²³ BGE 135 II 60 E. 3.1.1 S. 67.

²⁴ DIEBOLD/DIEM, N 107.

²⁵ TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 BöB/IVöB N 37.

²⁶ Der körperliche Teil eines Computersystems wird als «Hardware» bezeichnet.; MANHARDT, S. 2.

²⁷ MANHARDT, S. 4.

konkreten Aufgaben (z.B. Microsoft Word für die Textverarbeitung), während eine Individualsoftware spezifischen Anforderungen einzelner Kund*innen entspricht.²⁸

Schliesslich können Software verschiedenartig zur Installation übertragen und betrieben werden. Während Software früher vor allem mittels eines Datenträgers (z.B. CD-ROM) übertragen wurden, werden Software heute vielfach als Downloads über das Internet bezogen.²⁹ In beiden dieser Übertragungsvarianten wird die Software klassischerweise nach Bezug lokal auf dem Computer der Anwender*innen installiert und betrieben. Diese Art von Betrieb wird auch als «On-Premise» (Vor-Ort-Betrieb) bezeichnet.³⁰

Beispiel: Im Kanton St. Gallen steuerpflichtige Privatpersonen, welche ihre Steuererklärung elektronisch einreichen möchten, laden dafür die Deklarationssoftware «eTaxes» herunter und installieren diese auf ihre Computer.³¹ Die Eingabe der Steuererklärung über diese Software erfolgt somit lokal auf ihren Computern – sie verwenden eine On-Premise-Lösung.

b. Software-as-a-Service

Als Alternative zum On-Premise-Betrieb etabliert sich ein flexiblerer Bezug von Software über das Internet sowie eine Nutzung auf Abruf – man spricht in diesem Kontext von Software-as-a-Service.³² Konkret wird unter diesem Begriff ein Geschäftsmodell verstanden, wonach Anbieter*innen von Standardsoftware deren Nutzung als Dienstleistung (as a service) über das Internet zur Verfügung stellen.³³ Durch diese Weise der Softwarenutzung entfällt die lokale Installation der Software auf der Seite der Anwender*innen und der Betrieb erfolgt bei den Anbieter*innen.³⁴

Technologisch basiert diese Art der Softwarenutzung auf dem heute bekannten Cloud-Computing, was die Nutzung einer Leistung durch Zugriff auf die Server der Anbieter*innen über eine Netzwerkverbindung beschreibt. Dabei wird die Software analog einem lokal installierten Programm verwendet, während die Rechenvorgänge technisch gesehen auf der Infrastruktur der

²⁸ MANHARDT, S. 4 f.

²⁹ MANHARDT, S. 5.

³⁰ DAUCOURT/MAURER, S. 602.

³¹ Kantonales Steueramt St. Gallen, <<https://www.sg.ch/content/sgch/steuern-finanzen/steuern/elektronische-steuererklaerung/etaxes-privatpersonen.html>> (besucht am: 30. April 2024).

³² DAUCOURT/MAURER, S. 602.

³³ BANDULET ET. AL., S. 16.

³⁴ BANDULET ET. AL., S. 16 f.

Anbieter*innen verarbeitet werden.³⁵ Oftmals stellen Anbieter*innen den Anwender*innen auch den Speicherplatz für die Daten zur Verfügung.³⁶

Beispiel: Im Kanton Zürich steuerpflichtige Privatpersonen, welche ihre Steuererklärung elektronisch einreichen möchten, können alternativ zu einer Deklarationssoftware (analog St. Gallen) eine Online-Steuererklärung direkt im Internet-Browser ausfüllen.³⁷ Die Rechenvorgänge werden dadurch nicht lokal verarbeitet – sie verwenden eine Cloud-Lösung.

B. Rechtliche Einordnung

Im Urheberrecht werden Computerprogramme nach Art. 2 Abs. 3 URG wie Werke geschützt, die EU hält den Schutz in RL 2009/24/EG fest.³⁸ Weiter räumt das URG den Urheber*innen in Art. 10 Abs. 3 ein ausschliessliches Recht zur Vermietung solcher Computerprogramme ein. Bei der Überlassung von Software wird daher von einem Lizenzierungssystem ausgegangen, wobei sich diese Lizenz bei SaaS-Lösungen nicht nur auf die Software selbst beschränkt, sondern auch die Nutzung der Server umfasst. Auch werden bei SaaS-Lösungen häufig die mit der Software bearbeiteten Daten an die Anbieter*innen ausgelagert, was datenschutzrechtliche Verpflichtungen beinhaltet.³⁹

Zur Unterscheidung von On-Premise- und SaaS-Lösungen wird bei Letzteren vereinzelt gerade nicht vom Erwerb einer (Software-)Lizenz ausgegangen, sondern vielmehr von einem Dienstleistungs-Abonnement (Subscription).⁴⁰ Jedenfalls steht fest, dass die Überlassung einer On-Premise-Software typischerweise auf Dauer angelegt ist, wodurch nur eine Übertragung und die einmalige Entrichtung einer Gebühr einhergeht.⁴¹ Hingegen wird bei SaaS-Lösungen von einer Überlassung auf Zeit ausgegangen, entweder über eine festgelegte Zeit oder mit einer Kündigungsmöglichkeit. Damit begründet ein solcher Vertrag ein Dauerschuldverhältnis.⁴² Das Entgelt wird als wiederkehrende Gebühr entrichtet, wobei diese vorbestimmt sein oder sich nach der Nutzungsintensität richten kann.⁴³

³⁵ SCHIPPEL, S. 11.

³⁶ EGGEN, S. 579.

³⁷ Kantonales Steueramt Zürich, <<https://www.zh.ch/de/steuern-finanzen/steuern/steuern-natuerliche-personen/steuererklaerung-natuerliche-personen.html>> (besucht am: 30. April 2024).

³⁸ EGLOFF, Art. 2 URG N 31.

³⁹ RAUBER, S. 37.

⁴⁰ BANDULET ET. AL., S. 16.

⁴¹ FRÖHLICH-BLEULER, N 1648 ff.

⁴² FRÖHLICH-BLEULER, N 2374.

⁴³ BANDULET ET. AL., S. 17; FRÖHLICH-BLEULER, N 2376.

C. Ausgewählte Vor- und Nachteile

a. Kostenflexibilität und -höhe

Dem SaaS-Modell wird seitens der Anwender*innen besonders das Einräumen von Flexibilität nachgesagt. Es erfolgt kein eigentlicher Erwerb der Software, sondern es wird für die Dauer des Vertragsverhältnisses eine wiederkehrende Gebühr entrichtet, welche idealerweise ausschliesslich nach der tatsächlichen Nutzung bemessen wird. Dadurch bestehen keine hohen Investitionskosten.⁴⁴ Die entrichtete Gebühr umfasst nebst der Abgeltung der Softwarenutzung auch die damit verbundene Nutzung der Infrastruktur der Anbieter*innen, wodurch auf der Seite der Anwender*innen die Kosten für den Betrieb und die Wartung einer eigenen Infrastruktur (Server etc.) entfallen.⁴⁵ Schliesslich kann das regelmässige Entrichten einer kleineren, fixierten Gebühr im Gegensatz zur Vorfinanzierung einer Software mit einer hohen Lizenzgebühr einen entscheidenden Liquiditätsvorteil darstellen.⁴⁶

b. Operative Flexibilität

Auch die tatsächliche Nutzung einer SaaS-Lösung gestaltet sich flexibel. Durch das Ausbleiben einer lokalen Installation steht eine solche Lösung i.d.R. sehr schnell zur Verfügung und ein Zugriff ist standort- und geräteunabhängig möglich.⁴⁷ Auch besteht eine geringere technische Abhängigkeit zur internen Infrastruktur, wodurch, im Gegensatz zu einer lokalen Installation, Anbieter*innen durch geringere Wechselkosten einfacher gewechselt werden können.⁴⁸

c. Betriebliche Abhängigkeit

Mit der Nutzung einer SaaS-Lösung kann ein für Anwender*innen empfindliches Abhängigkeitsverhältnis entstehen, insbesondere, wenn die Lösung für wichtige Aufgaben genutzt wird.⁴⁹ Durch die Auslagerung der technischen Infrastruktur liegt die Verfügbarkeit der Software im Einflussbereich der Anbieter*innen. Dies macht sich insbesondere im Störungsfall oder bei der Aufgabe des Betriebs seitens Anbieter*in (z.B. bei einem Konkurs) sensibel bemerkbar – die Anwender*innen können dann nicht mehr auf ihre Daten zugreifen.⁵⁰

⁴⁴ FRÖHLICH-BLEULER, N 2407.

⁴⁵ BENLIAN/HESS, S. 176; FÖCKELER, S. 114.

⁴⁶ BENLIAN/HESS, S. 177.

⁴⁷ FRÖHLICH-BLEULER, N 2410; MANHARDT, S. 22 f.

⁴⁸ BENLIAN/HESS, S. 177.

⁴⁹ BENLIAN/HESS, S. 178; FRÖHLICH-BLEULER, N 2417.

⁵⁰ FRÖHLICH-BLEULER, N 2422; MANHARDT, S. 25 f.

d. Datenschutz- und Sicherheitsbedenken

Datenschutzrechtlich stellt der Einsatz einer SaaS-Lösung eine Auftragsdatenbearbeitung dar.⁵¹ Dadurch werden die bearbeiteten Daten in den Herrschaftsbereich der Anbieter*innen ausgelagert. Dies birgt zusätzliche datenschutzrechtliche Risiken und die Anwender*innen sind gehalten, das Einhalten des Datenschutzes sowie anderer gesetzlichen Geheimhaltungspflichten durch die Anbieter*innen sicherzustellen.⁵² Zudem wird mit der Auslagerung der Datenverarbeitung im Rahmen des Cloud-Computing ins Internet ein Sicherheitsrisiko geschaffen (z.B. Stehlen oder Missbrauchen von Daten).⁵³ Für die Minimierung dieses Sicherheitsrisikos sind die Anwender*innen von den Anbieter*innen abhängig.

3. Geltungsbereich des Vergaberechts

A. Allgemein

Das Vergaberecht umschreibt in den Art. 4 ff. BöB/IVöB seinen subjektiven Geltungsbereich. Diese Arbeit befasst sich mit der Stellung von SaaS-Lösungen als Beschaffungsgegenstand, weshalb der subjektive Geltungsbereich nicht näher behandelt wird. In den zu beurteilenden Szenarien ist der subjektive Geltungsbereich als gegeben anzunehmen.

Der objektive Geltungsbereich wird in den Art. 8 ff. BöB/IVöB festgehalten. Gegenstand des Beschaffungsrechts sind öffentliche Aufträge, welche in Art. 8 Abs. 1 BöB/IVöB als *Verträge* zur *Erfüllung von öffentlichen Aufgaben* definiert werden.⁵⁴ Diese Verträge ist zwingend entgeltlich und die charakteristische Leistung wird durch die Anbieter*innen erbracht.⁵⁵ Weiter werden im Vergaberecht die Leistungen zwischen Bauleistungen, Warenlieferungen und Dienstleistungen unterschieden.⁵⁶ Die Qualifikation der Leistungsart ist relevant für die Bestimmung der geltenden Schwellenwerte und letztlich für die Unterstellung des Vergaberechts. Zudem fallen im Staatsvertragsbereich⁵⁷ je nach Leistungsart nur bestimmte Geschäfte in den Geltungsbereich.

⁵¹ LAPPERT/GOULD, S. 148.

⁵² FRÖHLICH-BLEULER, N 2419.

⁵³ BENLIAN/HESS, S. 178; MANHARDT, S. 24.

⁵⁴ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1895.

⁵⁵ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1896.

⁵⁶ Art. 8 Abs. 2 BöB/IVöB.

⁵⁷ Mit «Staatsvertragsbereich» wird die Anwendbarkeit des GPA einerseits und des BAöB andererseits gemeint.

B. In Bezug auf Software-as-a-Service

Der Begriffsteil «as-a-Service» (als Dienstleistung) lässt bereits vermuten, dass es sich bei SaaS-Lösungen um Dienstleistungen handelt. Der Bezug einer SaaS-Lösung zielt darauf ab, gerade nicht eine Software im Sinne einer Ware zu erwerben, sondern diese mitsamt der für den Betrieb einer solchen Software erforderlichen Infrastruktur als Dienstleistung für eine gewisse Zeit zu beanspruchen.⁵⁸ Regelmässig wird bei Ausschreibungen von SaaS-Lösungen der Ausschreibungsgegenstand u.a. mit dem CPV-Code⁵⁹ 72260000 (Dienstleistungen in Verbindung mit Software) als Überkategorie bezeichnet.⁶⁰ Zudem fallen Beschaffungen von SaaS-Lösungen regelmässig in den Staatsvertragsbereich – sie werden in Anhang 3 des BöB unter Ziffer 13 als «Datenverarbeitung und verbundene Dienstleistungen» erfasst.

III. Vergaberechtliche Parameter und Lösungsansätze

1. Auftragswert

A. Schätzung durch Vergabestelle

Der Auftragswert ist ein zentrales Element des Vergabeverfahrens.⁶¹ Dadurch wird der Kreis von potenziellen Anbieter*innen bestimmt – einerseits durch allfällige Erreichung der Schwelle für die Unterstellung im Staatsvertragsbereich⁶², andererseits durch die Bestimmung des Vergabeverfahrens nach den Schwellenwerten⁶³.⁶⁴ Da der tatsächliche Auftragswert erst mit dem Zuschlag bekannt ist, wird der Auftragswert für die Bestimmung des Verfahrens geschätzt. Diese Schätzung erfolgt durch die Vergabestellen⁶⁵ aufgrund eigener Erkenntnisse sowie Ergebnisse aus Marktabklärungen.⁶⁶ Die Vergabestellen sind angehalten, die Schätzung pflichtgemäss

⁵⁸ Vgl. EGGEN, S. 592.

⁵⁹ Die CPV-Codes stützen sich auf die Verordnung (EG) Nr. 213/2008 und Bezwecken die Verwendung eines gemeinsamen Vokabulars für die Bezeichnung der Ausschreibungsgegenstände innerhalb von Europa.

⁶⁰ Vgl. Ausschreibung Nr. 1392961 vom 5. Februar 2024 der Kantonsbibliothek Vadiana (Ablösung der Bibliothekssoftware), Projekt-ID 273460.

⁶¹ DIEBOLD/DIEM, N 4.

⁶² Anhang 4 BöB; Anhang 1 IVöB.

⁶³ Anhang 4 BöB; Anhang 2 IVöB.

⁶⁴ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1919; FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 2.

⁶⁵ Art. 15 Abs. 1 BöB/IVöB.

⁶⁶ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1919.

vorzunehmen, zumal ein zu tief gestuftes Verfahren allenfalls abgebrochen und wiederholt werden muss.⁶⁷ Damit kann Art. 15 Abs. 1 BöB/IVöB als Sorgfaltspflicht verstanden werden.⁶⁸

Wird ein höherstufiges Verfahren gewählt, als dass es der tatsächliche Auftragswert gebietet, haben sich die Vergabestellen dennoch daran zu halten.⁶⁹ Zur Verhinderung von zu tiefen Schätzungen sind einige Grundsätze einzuhalten.⁷⁰ Der Grundsatz von *Treu und Glauben* nach Art. 9 BV dient dabei als allgemeines Missbrauchsverbot. Danach dürfen die Schätzungen der Vergabestellen nicht das bewusste Unterschreiten von Schwellenwerten für die Unterstellung eines höherstufigen Vergabeverfahrens oder der Staatsverträge bezwecken.⁷¹ Teilweise wird die aus Art. 15 Abs. 1 BöB/IVöB abgeleitete Sorgfaltspflicht selbst als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach Art. 5 BV verstanden.⁷² Weiter wird in Art. II Ziff. 6–8 GPA verlangt, dass Schätzungen auf Maximalwerten basieren sollen. Mit diesem Grundsatz des *Höchstwerts* sind Vergabestellen daher gehalten, Schätzungen unter der Prämisse «lieber zu hoch als zu tief» vorzunehmen.⁷³ Abgesehen von diesen Grundsätzen gibt es keine gesetzlichen Regeln zur Schätzung des Auftragswerts.⁷⁴ Die weiteren Bestimmungen in Art. 15 BöB/IVöB sind als Regeln zur Bestimmung des Schätzungsgegenstands zu verstehen, nicht aber als Regeln zur Bestimmung des Werts dieses Schätzungsgegenstands oder einzelner Teile davon.⁷⁵

B. Gegenstand der Schätzung

a. Gesamtheit der Leistungen

Nach Art. 15 Abs. 3 BöB/IVöB sind alle Leistungen und Entgelte, welche sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen, für die Schätzung des Auftragswerts zu berücksichtigen. Damit gilt diese *Zusammenrechnungs- oder Additionspflicht* bei der Beschaffung von Leistungen, welche üblicherweise zusammengehören, da sie demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden oder eine Aufteilung der Verantwortlichkeit nicht erwünscht ist.⁷⁶ Welche

⁶⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1919; a.M. BEYELER, Geltungsanspruch, Fn. 1109 zu N 946, wonach eine objektiv richtig durchgeführte Schätzung massgeblich für die Verfahrensbestimmung ist, auch wenn sämtliche Angebote (etwa aufgrund von zwischenzeitlichen Preissteigerungen) höher sind, sodass aufgrund dieser Angebotspreise ein höherstufiges Vergabeverfahren geboten gewesen wäre; gl.M. DIEBOLD/DIEM, N 30.

⁶⁸ DI CICCO, N 191 ff.

⁶⁹ Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 2.4; Botschaft Totalrevision BöB, S. 1919.

⁷⁰ DIEBOLD/DIEM, N 24.

⁷¹ DIEBOLD/DIEM, N 25.

⁷² DI CICCO, N 195 f.; a.M. Urteil des BVGer B-4657/2009 vom 20. Juli 2010 E. 2.7.4, wonach auch bei Handeln nach Treu und Glauben eine der Sorgfaltspflicht nicht genügende Schätzung vorliegen kann.

⁷³ DIEBOLD/DIEM, N 31.

⁷⁴ DI CICCO, N 184.

⁷⁵ DI CICCO, N 185 f.

⁷⁶ FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 2; Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920.

Leistungen einen solchen engen Zusammenhang aufweisen, wird im Vergaberecht einzig für Bauwerke in der sogenannten Bauwerkregel⁷⁷ konkretisiert.⁷⁸ Bisher haben sich nur kantonale Gerichte mit dieser Frage befasst,⁷⁹ wobei sich keine einheitliche Methodik zur Bestimmung des engen Zusammenhangs abzeichnete und durch ein eher enges Verständnis des Begriffs tendenziell zurückhaltend von der Beurteilung der Vergabestellen abgewichen wird.⁸⁰ Zur Bestimmung des engen Zusammenhangs besteht eine Vielzahl möglicher Kriterien, wobei das Kriterium des Verwendungszwecks regelmässig im Vordergrund steht.⁸¹ Dem bisher eher engen Verständnis durch die kantonalen Gerichte lässt sich durch methodische Auslegung alternativ auch ein weites Verständnis des Begriffs des engen Zusammenhangs entgegenhalten⁸² – beispielsweise im Hinblick auf die Wettbewerbsförderung als eines der Vergabeziele, welches das Vorliegen eines engen Zusammenhangs schneller annehmen will.⁸³ Die Bedeutung davon, was FISCHER vereinfacht als «Zusammenzurechnen ist, was zusammengehört» beschreibt,⁸⁴ ist rechtlich nicht ohne Weiteres geklärt.⁸⁵

Das Gebot, dass Leistungen in ihrer Gesamtheit zu schätzen sind, dient gewissermassen zur Konkretisierung oder Durchsetzung des *Zerstückelungsverbot* von Art. 15 Abs. 2 BöB/IVöB.⁸⁶ Diesem Verbot zufolge dürfen Vergabestellen ihre Aufträge nicht in kleinere Aufträge aufteilen, um damit die Bestimmungen des Vergaberechts zu umgehen. Namentlich soll verhindert werden, dass aus unzulässiger Zerstückelung einzelne, kleinere Aufträge resultieren, welche, einzeln betrachtet, im Auftragswert die Schwellenwerte für höherstufige Verfahrensarten oder gar die Unterstellung im Staatsvertragsbereich unterschreiten. Eine subjektive Absicht, diese Unterschreitung mit der Zerstückelung bezwecken zu wollen, wird für die Verletzung des Zerstückelungsverbots nicht vorausgesetzt – die objektive Folge, dass mit der Zerstückelung die Schwellenwerte unterschritten werden, ist ausreichend.⁸⁷ Eine solche unzulässige Aufteilung kann sowohl in sachlicher Hinsicht durch Nichtbeachtung der Zusammenrechnungspflichten

⁷⁷ Art. 16 Abs. 4 BöB; Art. 16 Abs. 3 IVöB.

⁷⁸ DIEBOLD/DIEM, N 49, 51; FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 16 BöB/IVöB N 21.

⁷⁹ DIEBOLD/DIEM, N 51.

⁸⁰ DIEBOLD/DIEM, N 55.

⁸¹ DIEBOLD/DIEM, N 77; vgl. DI CICCO, N 321.

⁸² Vgl. DIEBOLD/DIEM, N 117 ff.

⁸³ Vgl. DIEBOLD/DIEM, N 121.

⁸⁴ FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 9.

⁸⁵ DIEBOLD/DIEM, N 79.

⁸⁶ DIEBOLD/DIEM, N 45.

⁸⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920.

von Art. 15 Abs. 3 BöB/IVöB als auch in zeitlicher Hinsicht durch eine zeitversetzte Ausschreibung einzelner kleiner Aufträge zur Verschleierung des sachlichen Zusammenhangs bestehen.⁸⁸

b. *Lose*

Mit der Bestimmung der Gesamtheit der Leistung wird die Ausgangslage geschaffen, den Wert des Auftragswerts und damit den Wert der geplanten Beschaffung zu schätzen. Anhand dieser Schätzung soll der Kreis der potenziellen Anbieter*innen bestimmt werden, wobei Verfahren von Beschaffungsvorhaben mit einem hohen Wert möglichst vielen Anbieter*innen zugänglich sein sollen. So dienen die Zusammenrechnungspflicht und das Zerstückelungsverbot zur Ermittlung dieser wertmässigen Gesamtheit. Was die tatsächliche Vergabe betrifft, ist eine Aufteilung des Auftrags in kleinere Teilaufträge mit dem Hintergrund, allenfalls mehrere Anbieter*innen für einzelne Teilaufträge zu berücksichtigen, durchaus möglich.⁸⁹ Die Vergabestelle kann dafür sogenannte *Lose* bilden.⁹⁰ Gründe für die Bildung von Losen können die Verteilung von Risiken durch die Verteilung der Leistung auf mehrere Anbieter*innen oder die allgemeine Förderung von Wettbewerb sein.⁹¹ Letzteres wird besonders dadurch bewirkt, dass mit kleineren Teilaufträgen auch KMU als Anbieter*innen bei grösseren Beschaffungsvorhaben teilnehmen können.⁹² Die Aufteilung kann nach sachlichen, zeitlichen, räumlichen oder quantitativen Kriterien erfolgen, wobei die Kriterien auch kombiniert oder mehrere Arbeitsgattungen zusammengefasst werden können.⁹³

Der Vergabestelle ist es grundsätzlich freigestellt, Lose zu bilden oder darauf zu verzichten – es besteht seitens der Anbieter*innen kein Anspruch, dass eine Gesamtleistung in Lose aufgeteilt wird.⁹⁴ In Art. 32 Abs. 3 BöB/IVöB werden der Vergabestelle weitere Gestaltungsmöglichkeiten der Losvergabe eingeräumt. Die Bildung von Losen verpflichtet die Vergabestelle nicht, alle Lose unterschiedlichen Anbieter*innen zuzuschlagen – sie kann einzelnen Anbieter*innen auch mehrere Lose oder den gesamten Auftrag zuschlagen.⁹⁵ Die Vergabestelle kann allerdings auch vorschreiben, dass einzelne Anbieter*innen jeweils nur ein Los oder eine beschränkte Anzahl von Losen erhalten dürfen, solange diese Vorschriften nicht zur Bevorzugung bestimmter

⁸⁸ BEYELER, Vergaberecht, N 35; DIEBOLD/DIEM, N 44.

⁸⁹ Vgl. zum Ganzen DIEBOLD/DIEM, N 165.

⁹⁰ Art. 32 Abs. 2 BöB/IVöB.

⁹¹ JOSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 32 BöB/IVöB N 10.

⁹² Botschaft Totalrevision BöB, S. 1948; DIEBOLD/DIEM, N 166.

⁹³ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1948; JOSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 32 BöB/IVöB N 11.

⁹⁴ JOSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 32 BöB/IVöB N 10.

⁹⁵ JOSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 32 BöB/IVöB N 13.

Anbieter*innen dienen.⁹⁶ Unzulässig ist eine Losbildung, wenn sie zur Umgehung der Bestimmungen des Vergaberechts dienen soll, namentlich bei Bevorzugung oder Diskriminierung einzelner Anbieter*innen oder bei Unterschreitung von Schwellenwerten.⁹⁷ Gerade die Unterschreitung von Schwellenwerten soll durch die Losbildung nicht möglich sein, denn Lose sind im Rahmen der Zusammenrechnungspflicht zusammenzurechnen.⁹⁸

c. *Laufzeit*

Weisen Verträge eine *bestimmte* Laufzeit auf, so ist in Art. 15 Abs. 4 BöB/IVöB vorgesehen, dass für die Ermittlung des Auftragswerts die Leistungen während der gesamten Laufzeit zusammengezählt werden. Derselbe Absatz hält zudem fest, dass eine solche Laufzeit i.d.R. nicht länger als fünf Jahre dauern sollte, wobei der Absatz mit seinem letzten Satz eine Abweichung von dieser Regel in begründeten Fällen zulässt. Die Botschaft zur aktuellen Fassung des BöB anerkennt z.B. betriebswirtschaftliche Gründe wie die Berücksichtigung von Produktlebenszyklen oder den Schutz von Investitionen als verhältnismässige Abweichung von dieser Fünf-Jahre-Regel, hält aber deutlich fest, dass solche Abweichungen im Einzelfall zu prüfen sind.⁹⁹ Weiter darf eine längere Laufzeit andere Anbieter*innen nicht unangemessen lange vom Markt ausschliessen.¹⁰⁰ Auch im Interesse der Wirtschaftlichkeit sollen Aufträge regelmässig neu vergeben zu werden, zumal durch die Entwicklung des Markts und der Technik neue Angebote vorteilhafter sein können.¹⁰¹ Bei einer längeren Laufzeit muss das Enddatum nicht bereits bei Vertragsabschluss bekannt sein – es braucht nicht bereits bestimmt zu sein. Vielmehr reicht es aus, wenn das Ende der Laufzeit, beispielsweise bei der Abhängigkeit von einem Ereignis (z.B. Projektabschluss), bestimmbar ist.¹⁰²

Gleichzeitig sieht Art. 15 Abs. 5 BöB/IVöB einen Anwendungsfall für Verträge mit *unbestimmter* Laufzeit vor. Namentlich ist bei solchen Verträgen für die Ermittlung des Auftragswerts von der Summe der Leistungen für 48 Monate (oder vier Jahre) auszugehen. Daraus lassen sich zwei Spannungsfelder erkennen. Einerseits ist nach Abs. 4 davon auszugehen, dass Verträge immer eine bestimmte (oder bestimmbar) Laufzeit aufweisen müssen, während Abs. 5 ein

⁹⁶ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1949.

⁹⁷ JOSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 32 BöB/IVöB N 10.

⁹⁸ JOSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 32 BöB/IVöB N 6; SCHNEIDER HEUSI, Auftragswerte, S. 1, wobei sie sich auf die Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2023 (LS 720.11) bezog, welche per 1. Oktober 2023 aufgehoben wurde.

⁹⁹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1950.

¹⁰⁰ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1950; SCHNEIDER HEUSI, Auftragswerte, S. 2; Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2008.00111 vom 16. Juli 2008 E. 8.

¹⁰¹ FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 14.

¹⁰² FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 16.

Szenario skizziert, in welchem auch Verträge mit unbestimmter Laufzeit bestehen können.¹⁰³ Dieses Spannungsverhältnis erklärt FISCHER historisch: Abs. 5 stammt aus der Übernahme von Bestimmungen aus dem GPA und dem EU-Recht, welche im Allgemeinen keine Beschränkung der Laufzeit kennen,¹⁰⁴ während Abs. 4 als neuere Vorschrift mit der Beschränkung der Laufzeit den Wettbewerb zu fördern bezweckt und damit als Ergänzung zum GPA verstanden werden soll. So soll Abs. 5 nicht explizit als Erlaubnisnorm für Verträge mit unbestimmter Laufzeit aufgefasst werden.¹⁰⁵ Auch die Botschaft empfiehlt bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit eine Neuvergabe nach spätestens 48 Monaten und hält fest, dass das Schliessen solcher Verträge nur mit Zurückhaltung erlaubt ist.¹⁰⁶

Andererseits werden Verträge mit unbestimmter Laufzeit für die Berechnung des Auftragswerts mit Verträgen mit einer Laufzeit von vier Jahren gleichgesetzt, während bei Verträgen mit einer bestimmten Laufzeit die tatsächliche Dauer massgeblich ist. Verträge mit einer bestimmten Laufzeit können im Regelfall bis zu fünf Jahre und in begründeten Fällen sogar länger dauern. So fallen Verträge mit unbestimmter Laufzeit in jedem Fall wertmässig weniger stark ins Gewicht als Verträge mit der Maximal- oder einer darüberhinausgehenden bestimmten Laufzeit. Allerdings erlauben gerade Verträge mit unbestimmter Laufzeit, die übliche Dauer von Verträgen mit einer bestimmten Laufzeit zu übersteigen, weshalb die weniger starke Gewichtung solcher Dauerverträge widersprüchlich erscheint. Begründet wird die vorteilhaftere Stellung von Verträgen mit unbestimmter Laufzeit vereinzelt mit einer einfacheren Kündbarkeit, was gerade bei der Veränderung von Bedürfnissen oder bei Unzufriedenheit mit den Lieferant*innen nützlich erscheint.¹⁰⁷ Dieser Begründung ist entgegenzuhalten, dass auch bei befristeten Verträgen Kündigungsmöglichkeiten vereinbart werden können.¹⁰⁸

¹⁰³ FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 18.

¹⁰⁴ Einzig die RL 2014/24/EU sieht in Art. 33 Abs. 1, mit Ausnahme von angemessen begründeten Sonderfällen, eine Maximallaufzeit von vier Jahren für Rahmenvereinbarungen vor. Eine solche Ausnahme kann ein länger andauernder Amortisierungszeitraum sein, was die Richtlinie in ihrem 62. Erwägungsgrund festhält.

¹⁰⁵ FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 19; gl.M. DIEBOLD/DIEM, N 142; a.M. TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 15 BöB N 13, wonach kein Verbot von Verträgen mit unbestimmter Laufzeit, sondern vielmehr eine Präferenz zugunsten befristeter Verträge abzuleiten ist.

¹⁰⁶ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920 f.

¹⁰⁷ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 15 BöB N 13.

¹⁰⁸ DIEBOLD/DIEM, N 140.

C. Umsetzung bei SaaS-Lösungen

a. Bestandteile der Leistung

Gerade bei SaaS-Lösungen drängt sich die Frage auf, wie ihre einzelnen Bestandteile vergaberechtlich zu beurteilen sind. Eine SaaS-Lösung selbst beinhaltet die Bereitstellung einer Software als Gesamtpaket, welches wiederum einzelne Dienstleistungen enthält. Im Vordergrund steht dabei der eigentliche *Betrieb* der Software, welcher wiederum aufgeteilt werden kann in den Erwerb von Nutzungsrechten (etwa i.S.v. Softwarelizenzen) sowie die Nutzung und Aufrechterhaltung der technischen Infrastruktur (z.B. Server) für die Rechenleistung und die Datenspeicherung. Ebenfalls Gegenstand des Software-Betriebs sind die laufende Fehlerbehebung (Wartung) sowie Supportleistungen und die dazu vereinbarten Leistungszusicherungen.¹⁰⁹ Solche Leistungszusicherungen erfolgen i.d.R. mit Service Level Agreements (SLA)¹¹⁰, worin Leistungen während des Betriebs (z.B. Betriebszeiten, Verfügbarkeit, Ausfall- und Reaktionszeiten) konkretisiert und dadurch überprüfbar werden.¹¹¹ Diese Vereinbarungen regeln auch die Folgen bei Nichteinhaltung der zugesicherten Leistung.¹¹²

Dem Betrieb vorgelagert, kann, je nach Beschaffungsvorhaben, eine Überführung der Daten von der zuvor verwendeten zur neu zu verwendenden Software-Lösung (Software- oder Datenmigration) geboten sein.¹¹³ Weiter werden nebst Fehlerkorrekturen, welche im Rahmen der Wartung erfolgen, auch laufende technische Verbesserungen oder kleinere Software-Neuerungen ausgeliefert. Solche Änderungen, welche die Software nicht wesentlich in ihrem Leistungsumfang erweitern, werden Releases genannt.¹¹⁴ Die kostenintensive Installation von Releases ist in SaaS-Lösungen i.d.R. enthalten, während die Installation bei einem On-Premise-Betrieb grundsätzlich auch durch die lokalen Betreiber*innen erfolgen könnte.¹¹⁵

Der Gegenstand eines Beschaffungsvorhabens für eine Software kann weit gefasst sein. Die Swissgrid AG publizierte am 15. April 2024 folgende Ausschreibung auf SIMAP:

¹⁰⁹ Vgl. SPINDLER, S. 36.

¹¹⁰ Es sind auch Leistungsvereinbarungen ohne Zusicherung bestimmter Reaktionszeiten möglich. In diesen Fällen spricht man von Leistungsvereinbarungen nach «Best Effort».

¹¹¹ EGGEN, S. 584; TEICHMANN, S. 144 f., ECKHARDT, S. 126 ff.

¹¹² TEICHMANN, S. 144, ECKHARDT, S. 130 ff.

¹¹³ Vgl. Urteil des BVG vom 21. Februar 2022 E. 7.6.3.1; vgl. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2019.00562 vom 14. Mai 2020 E. 6.3.1.

¹¹⁴ EGLI, S. 1461.

¹¹⁵ Vgl. EGLI, S. 1461.

«**2.2 Projekttitel der Beschaffung:** Elektronisches Archivsystem (eArchiv)

[...]

2.6 Gegenstand und Umfang des Auftrags: Ziel des zu vergebenen Auftrages ist die Ablösung des bestehenden elektronischen Archivsystems durch ein zukunftsfähiges elektronisches Archivsystem [...]. Die Beschaffung umfasst die Einführung des elektronischen Archivsystems [...], die Migration des bestehenden elektronischen Archivbestands in das neue elektronische Archivsystem, die Anbindung an Umsysteme und nachfolgend Betrieb, Support, Weiterentwicklung und Dienstleistungen für das offerte elektronische Archivsystem [...].»¹¹⁶

Der Projekttitel beschreibt nur allgemein, dass ein elektronisches Archivsystem Gegenstand des Beschaffungsvorhabens ist. Die Beschreibung des Gegenstands und des Umfangs des Auftrags verdeutlicht, dass eine umfangreiche Beschaffung, welche nebst dem Softwarebetrieb auch eine Migration, die Anbindung an Umsysteme, den Support und die Weiterentwicklung umfasst, be zweckt wird. So betrachtet die Vergabestelle als Nachfragerin die genannten Leistungen alle samt als Teil des eigentlichen Beschaffungsziels, nämlich der Beschaffung eines elektronischen Archivsystems. Im Sinne der Botschaft zum aktuellen BöB, wonach u.a. zusammenzurechnen ist, was demselben Zweck dient,¹¹⁷ stellen die einzelnen Leistungen integralen Bestandteil des Beschaffungsziels dar.¹¹⁸

Die Frage, welche Leistungen einer Software zusammengehören, stellt sich besonders bei On-Premise-Lösungen, denn einzelne Leistungen können alternativ von unterschiedlichen Stellen angeboten werden oder die Vergabestelle schreibt einzelne Leistungen zwecks Eigenbetrieb nicht aus. Damit besteht bei On-Premise-Lösungen seitens der Anbieter*innen nicht zwingend eine Einheit. Bei SaaS-Lösungen hingegen werden solche Leistungen typischerweise als Gesamtpaket und damit seitens der Anbieter*innen als Einheit angeboten. Ergeht daher die Annahme, bei verschiedenen Leistungen einer Software handle es sich um eine Gesamtheit, so ist, wenn diese Leistungen als SaaS-Lösung angeboten werden, diese Gesamtheit erst recht anzunehmen.

¹¹⁶ Ausschreibung Nr. 1409363 vom 15. April 2024 der Swissgrid AG (Elektronisches Archivsystem), Projekt-ID 278100.

¹¹⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920.

¹¹⁸ Vgl. Urteil des BStGer SK.2015.02 vom 15. September 2015 E. 2.5.4 b; Urteil des BStGer SK.2016.5 vom 6. Dezember 2016 E. 4.2.4.3 c/aa; FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 15.

b. Aufteilung in Lose

Mit der Aufteilung einer Ausschreibung in Lose ermöglicht die Vergabestelle einer Vielzahl von Anbieter*innen, in einem Beschaffungsvorhaben mitzuwirken. Dies kann sich wettbewerbsfördernd auswirken und vermeidet, dass sich das gesamte Risiko auf einzelne Anbieter*innen konzentriert. Die Aufteilung eines Vorhabens in Lose macht dann Sinn, wenn sich das Vorhaben auch aufteilen lässt, das heisst, wenn die Teilleistungen in sich geschlossen von einzelnen Anbieter*innen erbracht werden können. So lässt sich eine Ausschreibung für Fahrleitungsmontagen für Linienbusse einfach in Lose aufteilen, etwa nach den Linien, für welche die Fahrleitungen montiert werden sollen.¹¹⁹

Was die Bereitstellung einer Software betrifft, teilen die Vergabestellen das Vorhaben üblicherweise nicht in Lose auf. Ein Grund kann die Komplexität der Software sein. Handelt es sich um ein spezialisiertes oder auf einzelne Nutzer*innen zugeschnittenes Produkt, ist die Aufteilung von Weiterentwicklung, Wartung und Support auf mehrere Anbieter*innen aus praktischen Gründen kaum möglich. Solche Produkte werden i.d.R. direkt von den Software-Hersteller*innen angeboten. Handelt es sich um weniger komplexe oder gar standardisierte Software, können diese auch über Vertriebspartnerschaften durch Dritte angeboten werden. Beim Vertrieb von Standard-Software bietet sich wiederum ein SaaS-Modell an, in welchem Anbieter*innen den Betrieb, die Wartung und den Support in einem Gesamtpaket anbieten.

Möchte die Vergabestelle eine SaaS-Lösung beschaffen oder mindestens Anbieter*innen von SaaS-Lösungen berücksichtigen, so könnte sich eine Aufteilung der Ausschreibung in Lose hinderlich auswirken. Zwar ist auch bei einer Aufteilung in Losen möglich, dass dieselben Anbieter*innen den Zuschlag für alle Lose erhalten, allerdings besteht auch das «Risiko», dass einzelne Lose an andere Anbieter*innen gehen. Die beteiligten Anbieter*innen von SaaS-Lösungen wären dann gehalten, ihr Gesamtpaket aufzuteilen und nur die Leistungen anzubieten, für welche sie den Zuschlag erhalten haben. Möglicherweise sehen Vergabestellen deshalb von der Aufteilung der Ausschreibungen in Lose ab.

Im Zusammenhang mit Softwarebeschaffungen können Aufteilungen in Lose dennoch vorkommen. So hat der Kanton St. Gallen unter dem Grossprojekt «IT Steuern SG+» zur Beschaffung einer neuen Steuersoftware drei Ausschreibungen durchgeführt¹²⁰ – eine mit der eigentlichen

¹¹⁹ Ausschreibung Nr. 1397693 vom 16. Februar 2024 der Verkehrsbetriebe der Stadt St. Gallen (Fahrleitungsmontage Linien 3 Teil A, 4 und 6), Projekt-ID 274843.

¹²⁰ Vgl. SCHWENDENER.

Steuersoftware als Gegenstand¹²¹ und zwei für sonstige Projekt- und Unterstützungsleistungen.¹²² Dabei wurden die Ausschreibungen für die Projekt- und Unterstützungsleistungen in Lose aufgeteilt, wobei Gegenstand diese Ausschreibungen nicht die eigentliche Software, sondern hauptsächlich Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Umsetzung des Grossprojekts war. Die Ausschreibung für die eigentliche Software wies folgende Beschreibung des Gegenstands und des Umfangs auf:

«2.6 Gegenstand und Umfang des Auftrags: Im Rahmen des Projekts IT Steuern SG+ strebt das kantonale Steueramt St. Gallen an, eine neue Steuerlösung für das gesamte St.Galler Steuerwesen zu beschaffen. Dafür werden folgende Grundleistungen gefordert:

- GL01: Bereitstellung der neuen Gesamtlösung Steuern «FAST SG»
- GL02: Leistungen zur Projektabwicklung (Projektrollen ausfüllen, Migration der Daten und Systeme, Dokumentationen und Schulungen [...])
- GL03: Wartung und Weiterentwicklung von «FAST SG»
- GL04: Grundlegende Leistungen des Applikationsbetriebs (Job Engineering und fachliches Monitoring, Second-Level-Support, Third-Level-Support, fachliche Konfiguration)»¹²³

Diese Ausschreibung beinhaltet die klassischen Leistungen einer Softwarebeschaffung und es ist, von den drei Ausschreibungen des Grossprojekts «IT Steuern SG+», gerade diese, welche keine Aufteilung in Lose aufweist. So verzichtet die Vergabestelle, für die eigentliche Software mehrere Anbieter*innen zu berücksichtigen. Dies erlaubt der Vergabestelle, sämtliche Leistungen für die Software aus einer Hand zu beziehen, was angesichts der Abhängigkeiten dieser einzelnen Leistungen auch sinnvoll erscheint. Dies erlaubt insbesondere auch die Berücksichtigung von Anbieter*innen von SaaS-Lösungen.

c. *Laufzeit*

Während Art. 15 Abs. 4 BöB/IVöB die Laufzeit von Dauerverträgen auf maximal fünf Jahre beschränkt und längere Laufzeiten in begründeten Fällen zulässt, sieht die Botschaft zum

¹²¹ Ausschreibung Nr. 1253841 vom 31. März 2022 des Kantonalen Steueramts St. Gallen (IT Steuern SG+), Projekt-ID 235849.

¹²² Ausschreibung Nr. 1209781 vom 28. Juli 2021 des Kantonalen Steueramts St. Gallen (IT Steuern SG+ - Ausschreibung Projektmanagement-Office und Qualitäts- und Risikomanagement), Projekt-ID 224303; Ausschreibung Nr. 1312307 vom 31. Januar 2023 des Kantonalen Steueramts St. Gallen (IT Steuern SG+ - Ausschreibung Unterstützungsleistungen), Projekt-ID 251244.

¹²³ Ausschreibung Nr. 1253841 vom 31. März 2022 des Kantonalen Steueramts St. Gallen (IT Steuern SG+), Projekt-ID 235849.

aktuellen BöB konkret im IT-Bereich eine solche Ausnahme vor.¹²⁴ Aus Gründen der Wirtschaftlichkeit seien gerade für die Wartung und den Betrieb von IT-Systemen längerfristige Verträge erforderlich – etwa für die gesamte Lebensdauer der Informatiklösung.¹²⁵ Eine On-Premise-Software kann wie eine Ware eingekauft und dann lokal installiert und betrieben werden, sodass die Software genutzt werden kann, solange sie den Ansprüchen der Anwender*innen genügt. Bei einer SaaS-Lösung wird die Software durch die Anbieter*innen betrieben, sodass die Nutzung der Software während der Dauer dieser vertraglichen Beziehung möglich ist. Die Laufzeit des Vertrags ist daher für den Betrieb von besonderer Relevanz.

Die zuvor erwähnte Ausschreibung für die Beschaffung einer Steuersoftware im Zuge des Grossprojekts «IT Steuern SG+» sieht für die Bereitstellung der Lösung einen Ausführungszeitraum bis 31. Dezember 2029 vor. Gegenstand dieser Ausschreibung war auch der SaaS-Betrieb während zehn Jahren nach Inbetriebnahme der Lösung als Option sowie die zweimalige Verlängerung des SaaS-Betriebs um drei Jahre als weitere Option.¹²⁶ Der reine SaaS-Betrieb könnte sich bei der Ausschöpfung aller Optionen über maximal 16 Jahre erstrecken. Ausgehend von einer Inbetriebnahme per Ende 2029 könnte die Software damit bis Ende 2045 ohne neue Ausschreibung eingesetzt werden.

Einer längeren Laufzeit aus wirtschaftlichen Gründen liegt u.a. das Bedürfnis des Investitionschutzes zugrunde.¹²⁷ Mit der Einführung einer Software sind diverse Risiken und Aufwände verbunden.¹²⁸ Aus technischer Sicht sind diverse Einrichtungen vorzunehmen und auch eine Datenmigration kann geboten sein. Letztere birgt zudem ein Datenschutzrisiko, zumal bei einer unsorgfältigen Durchführung der Migration die Daten in ihrer Integrität geschädigt werden, gestohlen oder verloren gehen können. Weitere Kostenaufwände können mit Schulungen und der Anpassung von internen Prozessen entstehen. Durch diese Aufwände kann eine gewisse Zurückhaltung im Wechsel von Software entstehen.¹²⁹

Solche Wechselkosten und -risiken können Vergabestellen dazu bewegen, eine Neuauusschreibung und damit einen möglichen Wechsel von Software möglichst lange hinauszuzögern.

¹²⁴ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920.

¹²⁵ FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 15 BöB/IVöB N 15.

¹²⁶ Ausschreibung Nr. 1253841 vom 31. März 2022 des Kantonalen Steueramts St. Gallen (IT Steuern SG+), Projekt-ID 235849.

¹²⁷ Vgl. Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920.

¹²⁸ Vgl. SCHNEIDER HEUSI, Preisbewertung, N 16.

¹²⁹ Vgl. BGE 140 III 644 S. 645, wonach eine Aargauer Gemeinde ersuchte, aufgrund unverhältnismässiger Mehrkosten auf ein von der kantonalen Aufsichtsbehörde beschlossenen Wechsel der Betreibungsamt-Software zu verzichten.

Dadurch besteht die Gefahr eines faktischen «Lock-In-Effekts», wonach ein Wechsel aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen ausbleibt oder nur unter Inkaufnahme hoher Wechselkosten und -risiken möglich ist.¹³⁰ Wie lange sich eine Vertragslaufzeit tatsächlich rechtfertigen lässt, ist im Einzelfall zu prüfen, wobei Verlängerungen von bestehenden Verträgen strenger zu beurteilen sind als der Abschluss neuer Verträge.¹³¹

2. Verfahrensarten

A. Schwellenwerte und Verfahrensarten im Allgemeinen

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Verfahrensart und die Anwendbarkeit der Staatsverträge sind die Schwellenwerte nach Anhang 4 BöB resp. nach Anhang 1 und 2 IVöB. So sind die Schwellenwerte in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Es ist zunächst zu bestimmen, ob das vorliegende Beschaffungsvorhaben im Hinblick auf den Auftragswert den Staatsverträgen, namentlich dem GPA und/oder dem BAöB, untersteht (Staatsvertragsbereich). Fällt das Beschaffungsvorhaben nicht in den Anwendungsbereich der Staatsverträge, ist schliesslich anhand der Schwellenwerte zu bestimmen, welches Vergabeverfahren zur Anwendung gelangt. Das Schweizer Vergaberecht kennt vier abschliessende Verfahrensarten – das offene, das selektive, das Einladungs- und das freihändige Verfahren.¹³² Neubildungen oder Mischformen dieser Verfahren sind nicht zulässig (*Numerus clausus*).¹³³ Sämtliche Schwellenwerte werden in den genannten Anhängen in Schweizer Franken ausgedrückt. Da die Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich aus den jeweiligen internationalen Abkommen stammen,¹³⁴ handelt es sich um umgerechnete Werte, welche periodisch anzupassen sind.¹³⁵

Von der Bestimmung der Verfahrensart nach Schwellenwerten sind freihändige Vergaben nach Art. 21 Abs. 2 BöB/IVöB sowie Vergaben im Einladungsverfahren nach Art. 20 Abs. 3 BöB/IVöB ausgenommen. In diesen Fällen finden die genannten Verfahren unabhängig vom Schwellenwert Anwendung.¹³⁶ Auch sind die Vergabestellen frei, trotz Unterschreiten der zugrunde liegenden Schwellenwerte freiwillig ein höherstufiges Verfahren anzuwenden (Opt-in),

¹³⁰ KLAUS, N 558.

¹³¹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 282.

¹³² Art. 17 BöB/IVöB.

¹³³ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1923; Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2002.00044 vom 9. Juli 2003 E. 2 b; a.M. TRÜEB, FHB Verwaltungsrecht, N 25.81.

¹³⁴ Die Schwellenwerte im GPA werden in Sonderziehungsrechte (SZR), jene des BAöB in Euro ausgedrückt.

¹³⁵ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1922.

¹³⁶ FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 16 BöB/IVöB N 1; STUCKI, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 17 BöB/IVöB N 15.

wenn dafür sachliche Gründe vorliegen.¹³⁷ Die Botschaft zum aktuellen BöB spricht von hinreichenden Gründen und verbietet ein solches Opt-in bei fehlenden sachlichen Gründen aus verwaltungsökonomischen Überlegungen kategorisch.¹³⁸ STUCKI kritisiert diese Haltung mit der Begründung, dass die Ausschreibungsunterlagen in einem Einladungsverfahren mit derselben Sorgfalt und damit auch mit demselben Aufwand zu erstellen sind wie bei einem offenen oder selektiven Verfahren.¹³⁹ Deutlicher ist der Unterschied bei einem Opt-in vom freihändigen Verfahren in ein Einladungsverfahren,¹⁴⁰ wobei sich der verfahrensökonomischen Nachteil bei einer öffentlichen Ausschreibung allenfalls durch die Vergrösserung des Kreises der potenziellen Anbieter*innen mit einem besseren Preis-Leistungs-Verhältnis des zugeschlagenen Angebots egalisieren lässt.¹⁴¹

B. Verfahrensarten im Einzelnen

a. Offenes und selektives Verfahren

Das offene oder das selektive Verfahren kommt zur Anwendung, wenn die Schwellenwerte in Anhang 4 BöB resp. Anhang 1 und 2 IVöB für das freihändige Verfahren sowie für das Einladungsverfahren überschritten werden. Da diese beiden Verfahrensarten die höchststufigen Verfahren darstellen, stehen diese voraussetzungslos zur Verfügung (Opt-in).¹⁴² Sie gewähren beide den vollen Marktzugang.¹⁴³ Das *offene Verfahren* nach Art. 18 BöB/IVöB stellt das aufwendigste Verfahren dar,¹⁴⁴ denn mit der öffentlichen Ausschreibung auf www.simap.ch¹⁴⁵ können alle interessierten Anbieter*innen ein Angebot einreichen.¹⁴⁶ Mit dieser Verfahrensart wird der grösstmögliche Wettbewerb geboten, sie bedeutet aber auch einen grossen Aufwand für die Vergabestelle, welche alle eingereichten Angebote prüft.¹⁴⁷

Alternativ kann ein *selektives Verfahren* nach Art. 19 BöB/IVöB, welches auch als offenes Verfahren eigener Art betrachtet wird,¹⁴⁸ durchgeführt werden. Nach diesem Verfahren werden

¹³⁷ STUCKI, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 17 BöB/IVöB N 11; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 283.

¹³⁸ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1923.

¹³⁹ STUCKI, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 17 BöB/IVöB N 12 f.

¹⁴⁰ STUCKI, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 17 BöB/IVöB N 13; vgl. Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 2.1.

¹⁴¹ STUCKI, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 17 BöB/IVöB N 13 (Fn. 20).

¹⁴² Vgl. FELLNER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 18 BöB/IVöB N 2 und Art. 19 BöB/IVöB N 1.

¹⁴³ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1923.

¹⁴⁴ FELLNER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 18 BöB/IVöB N 4.

¹⁴⁵ MARTI, S. 30; vgl. Art. 1 Abs. 2 VöB.

¹⁴⁶ FELLNER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 18 BöB/IVöB N 10; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 284; Art. I lit. m GPA.

¹⁴⁷ FELLNER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 18 BöB/IVöB N 11.

¹⁴⁸ GANZ, S. 11, 21.

interessierte Anbieter*innen zunächst aufgefordert, einen Antrag auf Teilnahme zu stellen. Die Vergabestelle prüft daraufhin die Eignung der Anbieter*innen und geeignete Anbieter*innen dürfen dann ein Angebot einreichen.¹⁴⁹ Während im selektiven Verfahren grundsätzlich ein allgemeiner Teilnahmeanspruch besteht, wonach alle interessierten Anbieter*innen einen Teilnahmeantrag stellen dürfen,¹⁵⁰ kann die Vergabestelle die Anzahl möglicher Teilnehmer*innen aus Effizienzgründen beschränken, namentlich zur Aufwandsreduktion.¹⁵¹ Dazu muss die Vergabestelle diese Beschränkung sowie die Anzahl der zulässigen Anbieter*innen vorgängig bekannt geben und die Beschränkung muss auf sachlichen Gründen beruhen.¹⁵² Weiter verlangt Art. 19 Abs. 3 BöB/IVöB, dass die Beschränkung der zulässigen Anbieter*innen den wirksamen Wettbewerb nicht behindert, und die Bestimmung schreibt nach Möglichkeit mindestens drei Anbieter*innen vor. Diese Mindestanzahl soll aber nicht absolut gelten. Sie ist vielmehr im Kontext des betroffenen Markts zu bewerten, sodass drei Anbieter*innen für einen wirksamen Wettbewerb unter Umständen auch unzureichend sein können.¹⁵³

Entgegen dem vorher Erwähnten, wonach ein selektives Verfahren, genau wie das offene Verfahren, voraussetzunglos zur Verfügung steht, wird teilweise die Meinung vertreten, dass das offene Verfahren, trotz des höheren Aufwands, im Normalfall dem selektiven Verfahren vorzuziehen sei. Das selektive Verfahren solle insbesondere bei komplexeren Beschaffungsvorhaben, in welchen eine ausserordentliche Leistungsfähigkeit in organisatorischer, technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht erforderlich sei, angewendet werden.¹⁵⁴ Weder das BöB resp. die IVöB noch die Botschaft zum BöB äussern sich zu einem allfälligen Vorrang einer der beiden Verfahrensarten, sodass grundsätzlich von einer tatsächlichen Wahlfreiheit zwischen den beiden Verfahren auszugehen ist.¹⁵⁵ Der Vorrang des offenen Verfahrens soll vielmehr als Gebot ohne rechtliche Einschränkung der Wahlfreiheit verstanden werden.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1924; Art. I lit. q GPA.

¹⁵⁰ FELLNER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 19 BöB/IVöB N 7.

¹⁵¹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1924; FELLNER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 19 BöB/IVöB N 15; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 286.

¹⁵² Botschaft Totalrevision BöB, S. 1924.

¹⁵³ FELLNER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 18 BöB/IVöB N 18; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 286.

¹⁵⁴ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 285.

¹⁵⁵ GAUCH, S. 100; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Fn. 695 zu N 285.

¹⁵⁶ GAUCH, S. 100 Fn. 12.

b. Einladungsverfahren

Das Einladungsverfahren wurde mit der Revision des Vergaberechts ins Gesetz aufgenommen.¹⁵⁷ Zuvor wurde ein solches Einladungsverfahren nur auf Verordnungsebene geregelt.¹⁵⁸ Auch ist ein solches Verfahren in keinem Staatsvertrag vorgesehen,¹⁵⁹ sodass es nur bei Verfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs angewendet wird.¹⁶⁰ Mit dem Einladungsverfahren findet keine öffentliche Ausschreibung statt. Die Vergabestelle kann stattdessen selbst bestimmen, welche Anbieter*innen sie einladen möchte, ein Angebot abzugeben. Dabei hat die Vergabestelle nach Möglichkeit mindestens drei Angebote einzuholen,¹⁶¹ wovon bei Bundesbeschaffungen nach Zumutbarkeit mindestens ein Angebot aus einer anderen Sprachregion kommen soll.¹⁶² Den angefragten Anbieter*innen stets es frei, ein Angebot einzureichen oder darauf zu verzichten. So müssen bei mindestens drei Einladungen nicht auch tatsächlich drei Angebote eingehen.¹⁶³ Mit dem Hintergrund der Gleichbehandlung ist die Vergabestelle gehalten, bei fehlendem Angebotseingang auf die Einladung weiterer Anbieter*innen zu verzichten.¹⁶⁴ Für die Durchführung des Einladungsverfahrens erstellt die Vergabestelle Ausschreibungsunterlagen mit Angabe der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung.¹⁶⁵

Nach Art. 20 Abs. 3 BöB steht das Einladungsverfahren für die Beschaffung von Kriegsmaterial oder Verteidigungs- und Sicherheitsbeschaffungen ungeachtet des Auftragswerts zur Verfügung.¹⁶⁶ Der Begriff des Kriegsmaterials bestimmt sich nach dem Güterkontroll- und dem Kriegsmaterialgesetz sowie den dazugehörenden Verordnungen.¹⁶⁷ Die Bestimmung von Leistungen für Verteidigungs- und Sicherheitszwecke bedarf stets einer Einzelfallprüfung.¹⁶⁸

c. Freihändiges Verfahren

Auch im freihändigen Verfahren nach Art. 21 BöB/IVöB findet keine Ausschreibung statt. Die Vergabestelle vergibt Aufträge stattdessen direkt an einzelne Anbieter*innen. Mit diesem

¹⁵⁷ Art. 20 BöB/IVöB.

¹⁵⁸ Art. 35 aVöB; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 279.

¹⁵⁹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1924.

¹⁶⁰ Art. 20 Abs. 1 BöB/IVöB; TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 20 BöB N 1.

¹⁶¹ Art. 20 Abs. 2 BöB/IVöB.

¹⁶² Art. 5 VöB.

¹⁶³ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1925.

¹⁶⁴ WALTER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 20 BöB/IVöB N 7.

¹⁶⁵ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 20 BöB N 4.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 4 lit. a BöB, wonach Beschaffungen für die äussere oder innere Sicherheit oder die öffentliche Ordnung vom Geltungsbereich des BöB ausgenommen sind.

¹⁶⁷ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 20 BöB N 6.

¹⁶⁸ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 20 BöB N 7.

Verfahren werden die vergaberechtlichen Grundsätze in ihrer schwächsten Form verwirklicht.¹⁶⁹ Eine freihändige Vergabe kann entweder erfolgen, wenn der Schwellenwert für ein höherstufiges Verfahren nicht erreicht wird oder ein Tatbestand nach Abs. 2 des genannten Artikels vorliegt. Das freihändige Verfahren darf nicht angewendet werden, wenn damit das Verhindern des Wettbewerbs unter den Anbieter*innen, der Schutz inländischer Anbieter*innen oder die Diskriminierung ausländischer Anbieter*innen beabsichtigt wird.¹⁷⁰ Auch ist das freihändige Verfahren nicht zulässig, wenn die Vergabestelle selbstverschuldet oder absichtlich eine Situation herbeiführt, welche zur Erfüllung eines Tatbestands nach Abs. 2 führt.¹⁷¹

Ist ein Tatbestand nach Art. 21 Abs. 2 BöB/IVöB erfüllt, kann die Vergabestelle einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben. Diese Kann-Bestimmung soll die Vergabestelle nicht davon abhalten, im Sinne der Verhältnismässigkeit ein höherstufiges Verfahren (z.B. ein Einladungsverfahren) zur Ermöglichung von mehr Wettbewerb durchzuführen, sofern sich ein solches ebenfalls als zielführend erweist.¹⁷² Die Liste nach Abs. 2 ist abschliessend¹⁷³.

Art. 21 Abs. 3 BöB sieht für Bundesbeschaffungen einen weiteren Freihandtatbestand vor, welcher der Sicherung der Unabhängigkeit und Souveränität der Schweiz dient. Namentlich dürfen Aufträge freihändig vergeben werden, wenn dadurch inländische Rüstungsbetriebe erhalten werden (sofern keine anderen Massnahmen den Erhalt sicherstellen können) oder die freihändige Vergabe für die Wahrung der öffentlichen Interessen der Schweiz von grosser Bedeutung ist.¹⁷⁴ Letztere räumt der Vergabestelle einen grösseren Ermessensspielraum ein.¹⁷⁵ Wie sich diese Norm zu den ähnlich lautenden Art. 10 Abs. 4 lit. a oder Art. 20 Abs. 3 BöB verhält, ist nicht ganz klar.¹⁷⁶

Schliesslich sehen Art. 21 Abs. 4 BöB und Art. 21 Abs. 3 IVöB eine Dokumentationspflicht vor. Die Vergabestelle ist gehalten, bei einer freihändigen Vergabe eine Dokumentation zu erstellen, welche einerseits die involvierten Parteien und den Auftragsgegenstand beschreibt und andererseits darlegt, unter welchen Umständen und Bedingungen sich die vorliegende freihändige Vergabe rechtfertigt.¹⁷⁷

¹⁶⁹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1925.

¹⁷⁰ Art XIII Ziff. 1 GPA; Botschaft Totalrevision BöB, S. 1925.

¹⁷¹ AESCHBACHER/KREBS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 21 BöB/IVöB N 5; vgl. Art. 21 Abs. 5 BöB.

¹⁷² AESCHBACHER/KREBS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 21 BöB/IVöB N 6.

¹⁷³ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1926.

¹⁷⁴ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1929.

¹⁷⁵ AESCHBACHER/KREBS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 21 BöB/IVöB N 29.

¹⁷⁶ POLTIER, Fn. 806 zu N 453.

¹⁷⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1929; Art. XIII Ziff. 2 GPA.

C. Bedeutung für SaaS-Lösungen

a. Offenes und selektives Verfahren

Dem offenen oder dem selektiven Verfahren unterstehen Aufträge, welche die entsprechende Schwellen nach Anhang 4 BöB resp. nach Anhang 1 und 2 IVöB erreichen. Für SaaS-Lösungen sind dabei die Schwellenwerte für Dienstleistungen zu beachten.¹⁷⁸ Bei Bundesbeschaffungen kann die Schwelle für ein offenes Verfahren ab einem Auftragswert von CHF 230'000 erreicht sein.¹⁷⁹ Für Beschaffungen im Geltungsbereich der IVöB ist die Schwelle für ein offenes Verfahren im Staatsvertragsbereich ab CHF 350'000,¹⁸⁰ ausserhalb des Staatsvertragsbereich ab CHF 250'000 erreicht.¹⁸¹

Besonders umfangreiche Software-Beschaffungen können die Schwelle für ein offenes oder selektives Verfahren schnell erreichen. Zumal SaaS-Lösungen, verglichen mit einem blossen Software-Einkauf, den Beschaffungsgegenstand mit zusätzlichen Leistungen wie etwa den Betrieb, die Wartung und den Support erweitern, erreichen diese die Schwelle für ein offenes oder selektives Verfahren tendenziell schneller. Das bereits erwähnte Beschaffungsvorhaben im Zusammenhang mit dem Grossprojekt «IT Steuern SG+» wurde im selektiven Verfahren durchgeführt.¹⁸² Der Zuschlag erfolgte an eine Anbieterin mit einem Gesamtpreis von CHF 253'665'286.92 inkl. 7.7 % MWST, wobei dieser Preis die Grundleistung sowie die Erbringung sämtlicher Optionen umfasst.¹⁸³

Den Beschaffungen von Software oder SaaS-Lösungen liegen grundsätzlich dieselben Regeln zugrunde wie anderen Beschaffungsgegenständen. Angesichts der möglichen langen Laufzeit von IT-Leistungen¹⁸⁴ ist im Sinne des Marktzugangs grundsätzlich ein offenes oder selektives Verfahren dem Einladungs- oder einem freihändigen Verfahren vorzuziehen. Unter der Prämisse, dass das selektive Verfahren nicht als vollständig gleichwertige Alternative zu einem offenen Verfahren gelte,¹⁸⁵ ist nach Möglichkeit das wettbewerbsfreundlichere offene Verfahren zu wählen.

¹⁷⁸ Vgl. Kapitel II.3.B.

¹⁷⁹ Anhang 4 BöB; Für Auftraggeber*innen nach Art. 4 Abs. 2 BöB (Sektoren) gelten höhere Schwellenwerte.

¹⁸⁰ Anhang 1 IVöB; Für Auftraggeber*innen nach Art. 4 Abs. 2 IVöB (Sektoren) gelten höhere Schwellenwerte.

¹⁸¹ Anhang 2 IVöB.

¹⁸² Ausschreibung Nr. 1253841 vom 31. März 2022 des Kantonalen Steueramts St. Gallen (IT Steuern SG+), Projekt-ID 235849.

¹⁸³ Zuschlag Nr. 1362357 vom 11. September 2023 des Kantonalen Steueramts St. Gallen (IT Steuern SG+), Projekt-ID 235849.

¹⁸⁴ Kapitel III.1.C.c.

¹⁸⁵ Vgl. Kapitel III.2.B.a.

b. Einladungsverfahren

Das Einladungsverfahren erlaubt der Vergabestelle, selbst eine Selektion von möglichen Anbieter*innen vorzunehmen, allerdings nur im Rahmen der geltenden Schwellenwerte und nur bei Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs. Für Bundesbeschaffungen steht das Einladungsverfahren für Beschaffungen von Dienstleistungen mindestens unter CHF 230'000 zur Verfügung,¹⁸⁶ bei Beschaffungen unter der IVöB für Beschaffungen von Dienstleistungen unter CHF 250'000.¹⁸⁷

Unter Berücksichtigung des bereits Erwähnten ist festzuhalten, dass die Beschaffung von SaaS-Lösungen aufgrund einer möglichen langen Laufzeit sowie aufgrund des höheren Leistungs-umfangs tendenziell höhere Auftragswerte aufweisen können. So ist es einerseits, im Vergleich zu On-Premise-Lösungen, schwieriger, die Schwelle für das Einladungsverfahren nicht zu überschreiten und anderseits, angesichts der Laufzeit, ein wettbewerbsfreundlicheres Verfahren vorzuziehen. Weiter ist, ganz allgemein, aufgrund der freien Wahl von möglichen Anbieter*innen durch die Vergabestelle, bei einem Einladungsverfahren immer von einer gewissen Diskriminierung der Anbieter*innen auszugehen.¹⁸⁸ Auch nach Ende der Laufzeit steht es der Vergabestelle etwa frei, dieselben Anbieter*innen einzuladen wie bei einem vorherigen Vergabeverfahren und damit möglicherweise dasselbe Zuschlagsergebnis zu erzielen.

Mit dem Spezialtatbestand von Art. 20 Abs. 3 BöB steht das Einladungsverfahren, ungeachtet des Auftragswerts, für Bundesbeschaffungen von Kriegsmaterial sowie Bundesbeschaffungen zu Verteidigungs- und Sicherheitszwecken zur Verfügung. Zum Begriff des Kriegsmaterials, welcher sich nach Art. 5 KMG richtet, gilt nach Anhang 1 KMV¹⁸⁹ unter der Position «KM 21» auch entsprechende Software.¹⁹⁰ So kann die Beschaffung einer solchen Software und konzenterweise auch die Beschaffung einer SaaS-Lösung im Einladungsverfahren nach dem Spezialtatbestand von Art. 20 Abs. 3 BöB durchgeführt werden.

c. Freihändiges Verfahren aufgrund fehlender oder unbrauchbarer Angebote

Mit dem freihändigen Verfahren können Beschaffungen ohne Ausschreibung getätigt werden, wenn die Auftragswerte die Schwelle für ein höherstufiges Verfahren nicht erreichen. Sowohl für Bundesbeschaffungen als auch für Beschaffungen unter der IVöB gilt ein Schwellenwert

¹⁸⁶ Anhang 4 BöB; Für Auftraggeber*innen nach Art. 4 Abs. 2 BöB (Sektoren) gelten höhere Schwellenwerte.

¹⁸⁷ Anhang 2 IVöB.

¹⁸⁸ KUONEN, S. 76.

¹⁸⁹ Art. 5 Abs. 3 KMG i.V.m. Art. 2 KMV.

¹⁹⁰ Vgl. TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 20 BöB N 6.

von CHF 150'000, welcher nicht überschritten werden darf.¹⁹¹ Weiter sieht Art. 21 Abs. 2 BöB/IVöB einige Tatbestände vor, in welchen eine freihändige Vergabe auch überschwellig möglich ist. Einige dieser Tatbestände sind für die Beschaffung von SaaS-Lösungen relevant. Nachstehend werden ausgewählte Tatbestände näher erläutert.

Nach Art. 21 Abs. 2 lit. a BöB/IVöB¹⁹² ist eine freihändige Vergabe möglich, wenn aus einem höherstufigen Verfahren **kein oder kein brauchbares Angebot** hervorging, etwa weil kein Angebot oder Teilnahmeantrag eingereicht wurde oder weil wesentliche Anforderungen, technische Spezifikationen oder Eignungskriterien nicht erfüllt wurden. Hingegen gilt eine Eingabe, welche Formerfordernissen nicht genügt, nicht als nicht eingereicht, sondern ist als Eingabe zu werten, welche allenfalls wesentlichen Vorschriften nicht entspricht.¹⁹³ Die Vergabestelle darf hierzu die Ausschreibungsunterlagen nicht in eine Weise gestalten, die das Erfüllen der Anforderungen verunmöglicht, um daraufhin eine freihändige Vergabe vorzunehmen.¹⁹⁴

SaaS-Lösungen können spezifischer Natur sein, sodass das genannte Szenario durchaus auftreten kann. So hat beispielsweise der Kanton Zürich in einem offenen Verfahren die Beschaffung eines neuen Dokumentenmanagement-Systems als SaaS-Lösung öffentlich ausgeschrieben.¹⁹⁵ Die Ausschreibung wurde mit der Begründung, kein Angebot erfülle die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen, namentlich u.a. aus umsetzungstechnischen Schwierigkeiten wie der Datenmigration,¹⁹⁶ abgebrochen.¹⁹⁷ Der Kanton Zürich hat den Auftrag daraufhin gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. a IVöB freihändig vergeben.¹⁹⁸

d. Freihändiges Verfahren aufgrund technischer oder künstlerischer Besonderheiten

Die Vergabestelle kann nach Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB¹⁹⁹ einen Auftrag freihändig vergeben, wenn aufgrund von **technischen oder künstlerischen Besonderheiten** oder aufgrund des **Schutzes von geistigem Eigentum** keine alternativen Angebote vorhanden sind und für den Zuschlag nur einzelne Anbieter*innen in Frage kommen. Damit wird der Vergabestelle die

¹⁹¹ Anhang 4 BöB; Anhang 2 IVöB.

¹⁹² Vgl. Art XIII Ziff. 1 lit. a Ziff. i–iii GPA.

¹⁹³ JAQUIER, N 525.

¹⁹⁴ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1926.

¹⁹⁵ Ausschreibung Nr. 1356787 vom 17. August 2023 des Kantons Zürich (Dokumenten Management System DMS), Projekt-ID 263221.

¹⁹⁶ JOCHUM, DMS Kanton Zürich.

¹⁹⁷ Abbruch Nr. 1370225 vom 18. Oktober 2023 des Kantons Zürich (Dokumenten Management System DMS), Projekt-ID 263221.

¹⁹⁸ Zuschlag Nr. 1383811 vom 21. März 2024 des Kantons Zürich (Dokumenten Management System DMS), Projekt-ID 270939.

¹⁹⁹ Vgl. Art. XIII Ziff. 1 lit. b GPA.

freihändige Vergabe erlaubt, wenn wegen dieser Besonderheiten ohnehin nur ein Angebot möglich ist. Hierzu ist die Vergabestelle verpflichtet, die zugrunde liegenden Besonderheiten darzulegen sowie glaubwürdig zu erläutern und nachzuweisen, dass eine freihändige Vergabe aufgrund dieser technischen, künstlerischen oder immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten zwingend erforderlich ist.²⁰⁰

Die Einrede der technischen Besonderheit wurde in der Vergangenheit häufig als Rechtfertigung von freihändigen Vergaben verwendet.²⁰¹ Eine mögliche technische Besonderheit, welche einige Kantone in ihren Verordnungen zum Vergaberecht vorsehen oder vorsahen, war die Interkompatibilität mit Systemen anderer Verwaltungsstellen.²⁰² So erlaubt z.B. die VöB-AR konkret die freihändige Vergabe dann, wenn «die Vereinbarkeit mit technischen Systemen von Bund, anderen Kantonen und Gemeinden sichergestellt werden muss».²⁰³ Ähnlich hat die Finanzdirektion des Kantons Zürich argumentiert, als die Beschaffung der Software «cIAM Bundes Trust Broker» freihändig erfolgte. Primär begründete die Vergabestelle die freihändige Vergabe mit der Tatsache, dass das geistige Eigentum bei der Zuschlagsempfängerin liege. Allerdings ist hier nicht minder von Relevanz, dass die Beschaffung von gerade dieser Software auch «insbesondere aus Kompatibilitätsgründen» erfolgte, zumal die genannte Lösung ursprünglich für den Bund entwickelt wurde.²⁰⁴

Die Einrede, dass mit einer freihändigen Vergabe geistiges Eigentum zu schützen ist, kann im Softwarebereich dann erfolgen, wenn als Beschaffungsgegenstand eine bestimmte Software-Lösung umschrieben wird.²⁰⁵ So bestehen im Rahmen der Softwareüberlassung zwar schon Ausschliesslichkeitsrechte,²⁰⁶ allerdings drängt sich die Frage auf, unter welchen Umständen sich eine Vergabestelle bei der Beschaffung auf eine bestimmte Software-Lösung beschränken kann. Zu beachten ist stets Art. 21 Abs. 5 BöB/IVöB, wonach die Vergabestelle im Grundsatz Aufträge nicht absichtlich auf eine Weise umschreiben darf, um eine freihändige Vergabe zu erwirken, wobei der Tatbestand nach Abs. 2 lit. c explizit als Beispiel erwähnt wird.

Nebst dem Vorliegen einer technischen, künstlerischen oder immaterialgüterrechtlichen Besonderheit hat für die freihändige Vergabe als zweite Voraussetzung eine Alternativlosigkeit

²⁰⁰ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1926 f.; AESCHBACHER/KREBS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 21 BöB/IVöB N 15.

²⁰¹ Vgl. JAQUIER, N 127; vgl. TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 21 BöB N 9.

²⁰² JAQUIER, N 128.

²⁰³ Art. 15 Abs. 1 lit. n VöB-AR; gleichlautend Art. 16 Abs. 1 lit. o aVöB-SG.

²⁰⁴ Zuschlag Nr. 1401287 vom 12. März 2024 des Kantons Zürich (cIAM), Projekt-ID 275851.

²⁰⁵ Vgl. vorheriger Absatz.

²⁰⁶ Vgl. Kapitel II.2.B.

vorzuliegen. So stellt sich in einem Rechtsstreit nicht unbedingt die Frage, ob die geforderte Besonderheit tatsächlich technischer Natur ist, sondern vielmehr, ob dadurch tatsächlich eine Alternativlosigkeit vorliegt resp. ob sich die betroffenen Anbieter*innen tatsächlich in einer exklusiven Position befinden.²⁰⁷ Zur Frage, wer das Fehlen einer Alternative zu beweisen hat, hielt das Bundesgericht in seinem «Microsoft-Urteil» fest, dass das Vorhandensein von Alternativen von den Beschwerdeführer*innen (und damit i.d.R. nicht berücksichtigte Anbieter*innen) darzulegen wäre.²⁰⁸ Diese Rechtsprechung wurde kritisiert.²⁰⁹ Jüngst hat sich das Bundesgericht von dieser Rechtsprechung abgewendet, sodass die Beweislast nach neuerer Rechtsprechung durch die Vergabestelle zu tragen ist, zumal sie auch die einzige Stelle ist, welcher sämtliche Informationen zur Beurteilung von alternativen Lösungen vorliegen.²¹⁰

e. *Freihändiges Verfahren aufgrund zeitlicher Dringlichkeit*

Das Vergaberecht sieht in Art. 21 Abs. 2 lit. d BöB/IVöB die Möglichkeit vor, **zeitlich dringliche Beschaffungen** freihändig vorzunehmen. Dazu muss einerseits ein unvorhersehbares Ereignis Anlass zur Dringlichkeit geben (etwa eine Pandemie oder eine Naturkatastrophe) und andererseits muss durch diese Dringlichkeit eine Beschaffung derart notwendig sein, dass die Durchführung der Beschaffung nach einer anderen Verfahrensart zeitlich nicht ausreicht. Hier ist die Vergabestelle gehalten, nach Möglichkeit primär von mildernden Mitteln (z.B. eine Fristverkürzung nach Art. 47 BöB/IVöB) Gebrauch zu machen.²¹¹

Für die Beschaffung einer Lösung für ein integrales Kapazitätsmanagement hat das Kantonsspital St. Gallen eine freihändige Vergabe vorgenommen. Den Zuschlag im freihändigen Verfahren begründete die Vergabestelle einerseits damit, dass die Lösung der Zuschlagsempfängerin (gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB) als einzige den Anforderungen entspricht. Mitunter wird der Betrieb als SaaS-Lösung als notwendige Anforderung aufgelistet, welche «eine rasche Anpassung an eine sich verändernde Umgebung und an neue Anforderungen» erlaubt. Andererseits macht die Vergabestelle Dringlichkeitsgründe wie einen finanziellen Druck sowie «externe

²⁰⁷ Vgl. JAQUIER, N 130.

²⁰⁸ BGE 137 II 313 E. 3.5.2 S. 325 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 300.

²⁰⁹ ROTH, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 56 BöB/IVöB N 37; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 301 ff.

²¹⁰ Urteil des BGer 2C_50/2022 vom 6. November 2023 E. 5.9.1, zur Publikation vorgesehen.

²¹¹ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1927; vgl. JAQUIER, N 341, wonach Vergabestellen empfohlen wird, den Intensitätsgrad der Dringlichkeit mit der Verkürzung der Eingabefristen zu messen.

Einflussfaktoren wie Fachkräftemangel oder Druck auf VVG-Preise seitens FINMA und Krankenversicherer» geltend.²¹²

Unklar ist, inwieweit den Dringlichkeitsgründen in vorliegendem Zuschlag eine eigenständige Bedeutung zukommt. Die Vergabestelle hat hauptsächlich geltend gemacht, dass die gewählte Software, welche in der Schweiz einzig von der Zuschlagsempfängerin vertrieben werde, als einzige allen notwendigen Anforderungen entspräche. Fraglich ist, ob die vorliegende zeitliche Dringlichkeit selbst als Freihandtatbestand ausreicht oder ob diese die Vergabestelle eher dazu veranlasst hat, andere mögliche Software-Lösungen nicht näher zu prüfen und in Bezug auf die gewählte Software vorschnell eine technische Besonderheit mit fehlender Alternative anzunehmen.

Dringlichkeitsgründe können auch bei der Beschaffung von Software oder SaaS-Lösungen vorliegen,²¹³ in der Praxis treten solche Fälle aber nicht häufig auf. Dies kann möglicherweise damit zusammenhängen, dass die Auslieferung und Inbetriebnahme von Software, im Vergleich zur Lieferung einer Ware, zeitintensiv (technische Inbetriebnahme, Planung und Durchführung allfälliger Datenmigrationen, Schulungen etc.) und ein zeitnaher Bezug daher schwieriger ist. Im Vergleich zu einer On-Premise-Lösung, für welche möglicherweise die nötige Hardware-Infrastruktur aufgestellt werden muss, kann eine SaaS-Lösung durch den Betrieb bei den Anbieter*innen schneller in Betrieb genommen werden.

f. Freihändiges Verfahren zur Vermeidung hoher Schwierigkeiten oder Wechselkosten

Während Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB insbesondere bei einer Erstvergabe zur Anwendung kommt,²¹⁴ betrifft der Tatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. e BöB/IVöB gezielt Folgebeschaffungen, namentlich den Wechsel von Anbieter*innen für Ersatz-, Ergänzungs- oder Erweiterungsleistungen zu bereits erbrachten Leistungen. Letzterem zufolge ist eine freihändige Vergabe möglich, wenn der Wechsel von solchen Anbieter*innen aus **wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich** ist oder **erhebliche Schwierigkeiten oder Mehrkosten** mit sich bringen würde. Zur Anrufung dieses Freihandtatbestands wird vorausgesetzt, dass dieser Folgebeschaffung ein vergaberechtskonformer Grundauftrag vorausgeht. Dies meint, dass der

²¹² Zuschlag Nr. 1351979 vom 20. Juli 2023 des Kantonsspitals St. Gallen (Integrales Kapazitätsmanagement), Projekt-ID 261728.

²¹³ Vgl. Urteil des Freiburger Kantonsgerichts 602 2010-100 vom 6. September 2011 E. 3 b, wonach der Kanton Freiburg ein Informatiksystem zur Bestimmung der Pflegebedürftigkeit freihändig beschaffte, zumal die Nichteinhaltung der kurzen Frist zur Umsetzung eines solchen Systems mit erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen verbunden gewesen wäre.

²¹⁴ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1926.

vorausgegangene Grundauftrag in einem höherstufigen Verfahren als dem freihändigen Verfahren vergeben werden sein muss.²¹⁵ Erreicht der Auftragswert der Folgebeschaffung die Schwelle für ein offenes oder selektives Verfahren, wird die vorherige Durchführung eines solchen Verfahrens für den Grundauftrag vorausgesetzt. Trifft dies nicht zu, ist die Anrufung des Freihandtatbestands nach Art. 21 Abs. 2 lit. e BöB/IVöB nicht zulässig.²¹⁶ Diese Voraussetzung soll Strategien zur Umgehung von höherstufigen Verfahren verhindern.²¹⁷

Als wirtschaftliche oder technische Gründe nennt Art. XIII Ziff. 1 lit. c Ziff. i GPA das Erfordernis der Austauschbarkeit oder Kompatibilität mit Material, Software, Dienstleistungen oder Anlagen aus der ursprünglichen Beschaffung. Leistungen sind austauschbar, wenn sie dieselben technischen Eigenschaften aufweisen.²¹⁸ Kompatibel sind Leistungen, solange sie sich technisch nicht so sehr von den Vorleistungen unterscheiden, dass die Vorleistungen für den ursprünglichen Verwendungszweck unbrauchbar werden würden.²¹⁹ Die Einrede der Mehrkosten ist nicht bei jeder beliebigen Erhöhung der erwarteten Kosten zulässig. Vielmehr ist eine hohe Schwelle zu erreichen, um von substanziellem Mehrkosten auszugehen. Konkret müssen die Mehrkosten, verglichen mit dem Auftragswert, unverhältnismässig hoch sein.²²⁰

Der Freihandtatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. e BöB/IVöB liest sich zunächst, etwas provokativ ausgedrückt, als juristisch paraphratischer Lock-In. Dieser Tatbestand erlaubt den Vergabestellen nämlich, auf den Wechsel von Anbieter*innen gezielt zu verzichten, was dem Ziel eines Wettbewerbs unter Anbieter*innen diametral entgegenstehen mag. Umso wichtiger ist es, dass die Voraussetzungen für den Verzicht eines Wechsels eng ausgelegt werden, sodass stets nachvollziehbare Gründe vorliegen. Bei Softwarebeschaffungen geniesst dieser Freihandtatbestand praktische Bedeutung. Vergabestellen rufen diesen Tatbestand oft auch in Kombination mit Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB an. So hat das Kantonsspital St. Gallen bei der Beschaffung einer Nachfolgelösung für ihr ERP-System «SAP IS-H» auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet. Der Zuschlag erfolgte an eine Anbieterin mit einer Lösung, welche ebenfalls auf SAP basiert. Die Vergabestelle begründete die freihändige Vergabe einerseits mit dem Fehlen von angemessenen Alternativen und andererseits damit, dass der Wechsel zu einem Nicht-SAP-Produkt bestehende Integrationsvorteile vernichten würde und mit unverhältnismässigen

²¹⁵ Vgl. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2001.00116 vom 9. November 2001 E. 4 d/aa.

²¹⁶ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1927; a.M. JAQUIER, N 659, wonach auch ein freihändig vergebener Grundauftrag vergaberechtskonform sein kann (etwa bei Vorliegen eines zulässigen Dringlichkeitsgrunds).

²¹⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1927.

²¹⁸ JAQUIER, N 670.

²¹⁹ JAQUIER, N 671.

²²⁰ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1927.

Kosten verbunden wäre.²²¹ Zwei Monate später hat die Vergabestelle den Zuschlag widerrufen.²²² Grund für den Widerruf sind eingegangene Rekurse und die Vergabestelle plant eine Neuauusschreibung im Jahr 2025.²²³

Es ist nicht ungewöhnlich, dass Software-Lösungen gewisse Abhängigkeiten mit bestehenden Strukturen schaffen, sodass ein Wechsel auf andere Anbieter*innen schwierig wird. Denkbar sind hier etwa Schnittstellen, welche auf die bestehende Lösung basieren und mit einem Wechsel auf eine neue Lösung unbrauchbar werden, wobei eine Anpassung solcher Schnittstellen mit hohen Aufwänden verbunden ist.²²⁴ On-Premise-Lösungen, für welche eine umfangreiche interne Infrastruktur zur Verfügung stehen muss, können besonders anfällig sein für solche Lock-In-Effekte. SaaS-Lösungen sind hingegen aufgrund des ausgelagerten Betriebs und den damit verbundenen tieferen Wechselkosten im Grundsatz austauschbar.²²⁵ Die Schwierigkeit von Software-Wechsel ist von verschiedenen Faktoren abhängig. Nebst der angesprochenen infrastrukturtechnischen Ausgangslage können etwa der Standardisierungsgrad der Software, die Komplexität der bearbeiteten Daten oder das Ausmass der genutzten externen Schnittstellen wichtige Einflussfaktoren sein. Eine Standardsoftware ist verglichen mit einer komplexen Eigenentwicklung einfacher ablösbar. Werden komplexe Daten bearbeitet, welche unter Umständen in ein neues System überführt werden müssen, stellt dies eine zusätzliche Schwierigkeit dar. Schliesslich ist bei einer Vielzahl von externen Schnittstellen mit einem Wechsel zusätzlicher Aufwand durch die Integration dieser Schnittstellen in das neue System vorhanden.

Es besteht die Gefahr, dass sich Anwender*innen mit dem Einsatz einer Software, freiwillig oder unfreiwillig, in eine Abhängigkeit begeben, welche einen späteren Wechsel nicht ohne Weiteres zulässt. Angesichts der möglichen langen Laufzeiten bei Software-Beschaffungen kann schon dadurch eine solche sensible Abhängigkeit bestehen. Mit einer freihändigen Vergabe aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses, welche durch die zuvor lange Laufzeit entstanden ist oder verschärft wurde, wird die Leistung dauerhaft vom Wettbewerb entzogen. Um solche Lock-In-Effekte zu vermeiden, ist dieser Freihandtatbestand möglichst restriktiv anzuwenden.

²²¹ Zuschlag Nr. 1407669 vom 26. März 2024 des Kantonsspitals St. Gallen (Nachfolgelösung SAP IS-H), Projekt-ID 277605.

²²² Widerruf Nr. 1415057 vom 25. April 2024 des Kantonsspitals St. Gallen (Nachfolgelösung SAP IS-H), Projekt-ID 277605.

²²³ JOCHUM, SAP Kantonsspital St. Gallen.

²²⁴ Vgl. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2014.00215 vom 29. Juli 2014 E. 3.

²²⁵ BENLIAN/HESS, S. 177.

3. Vergabeanforderungen

A. Allgemeines zu ausgewählten Vergabeanforderungen

a. Teilnahmebedingungen

In den Art. 26–34 BöB/IVöB werden die Vergabeanforderungen geregelt. Zur Bestimmung, welche Angebote an einer Ausschreibung teilnehmen dürfen und welches Angebot letztlich ob-siegt, gibt es einige Anforderungsinstrumente. Mit den Teilnahmebedingungen werden für die Teilnahme am Vergabeverfahren geltenden Grundvoraussetzungen definiert.²²⁶ Diese sind von den Anbieter*innen sowie allfälligen Sublieferant*innen nachzuweisen und zu erfüllen.²²⁷ Konkret werden die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit und Umweltrecht,²²⁸ bezahlte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge sowie der Verzicht auf unzulässige Wettbewerbsabreden als Teilnahmebedingungen definiert. Die Vergabestelle kann weitere Teilnahmebedingungen vorschreiben, wenn sie in ähnlich grundlegender Weise das Funktionieren des Wettbewerbs bezwecken.²²⁹ Die Nichteinhaltung dieser Bedingungen führt zum Ausschluss aus dem Verfahren resp. zum Widerruf des Zuschlags.²³⁰

b. Eignungskriterien

Eignungskriterien bezwecken die Ermittlung, ob Anbieter*innen aufgrund ihrer Person in der Lage sind, die geforderte Leistung zu erbringen, weshalb sich die Kriterien auf die Person der Anbieter*innen beziehen.²³¹ Diese Kriterien müssen allerdings im Hinblick auf den Beschaffungsgegenstand objektiv erforderlich und überprüfbar sein.²³² Mögliche Eignungskriterien können Referenzen von bestehender Kundschaft, Ausweis von Fachkompetenzen, Mindestumsätze oder der Nachweis über keine Straftaten oder laufende Betreibungen sein.²³³ Im Rahmen des selektiven Verfahrens werden Eignungskriterien zur Vorauswahl der Anbieter*innen, welche ein Angebot einreichen dürfen, verwendet.²³⁴ Anbieter*innen, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, werden vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.²³⁵ Für effizientere Verfahren können Vergabestellen geeignete Anbieter*innen in Verzeichnissen führen, damit die Eignung

²²⁶ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 26 BöB N 1.

²²⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1940.

²²⁸ Art. 12 BöB/IVöB.

²²⁹ WYSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 26 BöB/IVöB N 7.

²³⁰ Art. 44 Abs. 1 lit. a BöB/IVöB; WYSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 26 BöB/IVöB N 4.

²³¹ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 27 BöB N 2.

²³² MARTI, S. 43 f.

²³³ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 27 BöB N 9.

²³⁴ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 27 BöB N 5.

²³⁵ WYSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 27 BöB/IVöB N 5.

dieser gelisteten Anbieter*innen nicht mit jedem Verfahren neu geprüft werden muss.²³⁶ Solche Verzeichnisse sind aktuell zu halten und dürfen nicht gelistete Anbieter*innen nicht benachteiligen.²³⁷

c. Zuschlagskriterien

Im Gegensatz zu den Eignungskriterien beziehen sich Zuschlagskriterien als sachliche Kriterien primär auf die Leistung.²³⁸ Sie dienen zur Ermittlung des vorteilhaftesten Angebots, welches letztlich den Zuschlag erhalten soll.²³⁹ Bei der Ausgestaltung der Zuschlagskriterien wird der Vergabestelle grundsätzlich ein breites Ermessen eingeräumt, wenn die Kriterien einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweisen, sachlich gerechtfertigt und inhaltlich bestimmt sind.²⁴⁰ Mögliche Kriterien werden in Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB gelistet, wobei dies nicht abschliessende Beispiele sind.²⁴¹ Im Sinne der Wirtschaftlichkeit als eines der Vergaberechtsziele ist der Angebotspreis ein zwingendes aber nicht unbedingt einziges Kriterium.²⁴² Für die Vergleichbarkeit der Angebote hat die Vergabestelle die zu erbringenden Leistungen ausreichend zu definieren und zu beschreiben.²⁴³ Andere Preiskriterien können Lebenszykluskosten sein, was die Gesamtheit von Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau und Entsorgungskosten meint.²⁴⁴

Nebst Preiskriterien sieht das Vergaberecht auch Qualitätskriterien vor, welche mit der Revision des Vergaberechts an Bedeutung gewonnen und nun mindestens gleichstufig wie Preiskriterien betrachtet werden.²⁴⁵ Schliesslich können auch vergabefremde Kriterien vorgesehen werden, sofern dafür eine gesetzliche Grundlage besteht.²⁴⁶ Die Aufzählung in Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB lässt vergabefremde Kriterien wie die Nachhaltigkeit, welche die drei Dimensionen der Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales meint, zu.²⁴⁷ Weitere vergabefremde Kriterien sieht Art. 29 Abs. 2 BöB/IVöB für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereich konkret mit

²³⁶ Art. 28 BöB/IVöB; Botschaft Totalrevision BöB, S. 1942.

²³⁷ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 587.

²³⁸ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1943; TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 27 BöB N 2.

²³⁹ Vgl. Art. 41 BöB/IVöB.

²⁴⁰ LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 BöB/IVöB N 9; TRÜEB, FHB Verwaltungsrecht, N 25.100.

²⁴¹ TRÜEB/CLAUSEN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 29 BöB N 7.

²⁴² Botschaft Totalrevision BöB, S. 1943; a.M. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 854, wonach in absoluten Ausnahmefällen auf den Preis als Zuschlagskriterium verzichtet werden könnte.

²⁴³ SCHNEIDER HEUSI, Preisbewertung, N 20.

²⁴⁴ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1943.

²⁴⁵ MARTI, S. 46; a.M. SCHNEIDER HEUSI, Anbieter/Offerten/Kriterien, S. 33 f., wonach auch vor der Revision Qualitätskriterien möglich gewesen wären und kein eigentlicher Richtungswechsel stattgefunden hätte.

²⁴⁶ BGE 140 I 285 E. 7.1 S. 300 f.; vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 N 19.

²⁴⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1943.

der Berücksichtigung von Ausbildungsplätzen für Lernende, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder der Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose vor.

Die Vergabestelle bestimmt, wie die definierten Zuschlagskriterien gewichtet werden, und publiziert diese Gewichtung gemeinsam mit den Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen.²⁴⁸ Auch bei der Festlegung der Gewichtung kann sich die Vergabestelle im Grundsatz auf ein breites Ermessen stützen,²⁴⁹ einige Schranken bestehen dennoch. So wird erwartet, dass der Preis als Zuschlagskriterium mit mindestens 20 Prozent gewichtet wird.²⁵⁰ Vergabefremde Kriterien dürfen bei der Gewichtung nur eine untergeordnete Rolle spielen.²⁵¹ Nebst gewichteten Zuschlagskriterien kann die Vergabestelle auch «Muss-Kriterien» vorsehen, deren Nichterfüllung Anbieter*innen aus dem Verfahren ausschliesst.²⁵²

d. Technische Spezifikationen

Die technischen Spezifikationen beschreiben die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit, Abmessungen oder Produktionsverfahren und können zudem Anforderungen an die Kennzeichnung und die Verpackung stellen.²⁵³ Sie beschreiben damit den Kern des Beschaffungsgegenstands.²⁵⁴ Festgelegte technische Spezifikationen stellen Mindeststandards dar und müssen von allen Anbieter*innen eingehalten werden, da sie ansonsten vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.²⁵⁵

Technische Spezifikationen schränken den Kreis der möglichen Anbieter*innen und damit den Wettbewerb ein. Den Vergabestellen wird auch hier ein Ermessensspielraum eingeräumt, die technischen Spezifikationen sollen aber so ausgestaltet werden, dass ein wirksamer Wettbewerb unter möglichst verschiedenen Anbieter*innen möglich bleibt. Daher dürfen technische Spezifikationen den Wettbewerb nicht übermäßig beschränken oder so ausgestaltet sein, dass sie auf einzelne Anbieter*innen abzielen.²⁵⁶ Sie dürfen zudem nicht bestimmte Firmen, Marken, Patente, Urheberrechte, Produzent*innen oder dergleichen vorschreiben. Solche Hinweise sind aber zulässig, wenn sie bloss der Umschreibung der Leistung dienen, sofern dies nicht anders

²⁴⁸ Art. 20 Abs. 3 BöB/IVöB.

²⁴⁹ LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 BöB/IVöB N 9; TRÜEB, FHB Verwaltungsrecht, N 25.100.

²⁵⁰ BGE 143 II 552 E. 6.4 S. 559.

²⁵¹ SCHNEIDER HEUSI, Anbieter/Offerten/Kriterien, S. 34.

²⁵² LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 BöB/IVöB N 11.

²⁵³ Art. 30 Abs. 1 BöB/IVöB.

²⁵⁴ OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 30 BöB/IVöB N 1.

²⁵⁵ MARTI, S. 60.

²⁵⁶ OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 30 BöB/IVöB N 13 f.

möglich ist, wobei dann der Zusatz «oder gleichwertig» anzubringen ist.²⁵⁷ Bei der Festlegung dieser Spezifikationen sind die Vergabestellen gehalten, sich nach Möglichkeit auf internationale oder nationale Normen zu stützen.²⁵⁸

B. Relevante Vergabeanforderungen bei SaaS-Lösungen

a. Eignungskriterien

Im Rahmen von SaaS-Beschaffungen werden nicht selten Ansprüche an die Person der potenziellen Anbieter*innen gestellt. So verlangen Vergabestellen regelmässig, dass Anbieter*innen in Bezug auf das Beschaffungsobjekt bereits ausgewiesene Erfahrung mitbringen. Dazu werden Eignungskriterien wie Referenzen oder die Mindesttätigkeit im Markt für vergleichbare Dienstleistungen verlangt. Weiter ist besonders für SaaS-Lösungen wichtig, dass Anbieter*innen den hohen Anforderungen des Datenschutzes und der IT-Sicherheit gerecht werden, zumal die Anbieter*innen im Falle eines Zuschlags mit dem Betrieb der Lösung die Daten der Vergabestelle verwalten. Dazu wird oftmals die Konformität mit internationalen Standards (z.B. mittels ISO-Zertifikaten) oder die Gewährung der Einhaltung nationaler und kantonaler Datenschutzanforderungen (z.B. DSG oder kantonale Datenschutzgesetze) mit bevorzugter Aufbewahrung der Daten in der Schweiz verlangt.

Generell besteht die Gefahr, dass Eignungskriterien so restriktiv festgelegt werden, dass Anbieter*innen beim Nachweis der Erfüllung mit hohen Aufwänden konfrontiert sind. Auch können Eignungskriterien so formuliert sein, dass diese nur von einzelnen oder keinen Anbieter*innen erfüllt werden,²⁵⁹ was faktisch dazu führt, dass Vergabestellen die gewünschten Anbieter*innen trotz Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens frei wählen können²⁶⁰.²⁶¹ So hat das Finanzdepartement des Kantons St. Gallen für die Beschaffung einer Lösung für die Spesenerfassung im SaaS-Betriebsmodell insgesamt zwölf Eignungskriterien aufgestellt, darunter bezüglich der ausgewiesenen Erfahrung folgende:

²⁵⁷ Art. 30 Abs. 3 BöB/IVöB.

²⁵⁸ Art. 30 Abs. 2 BöB/IVöB.

²⁵⁹ Vgl. Abbruch Nr. 1418471 vom 8. Mai 2024 der Kantonsbibliothek Vadiana (Ablösung der Bibliothekssoftware), Projekt-ID 273460; zur Wettbewerbsbehinderung von Eignungskriterien vgl. SCHOTT, N 836.

²⁶⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. a BöB/IVöB.

²⁶¹ Alternativ entsteht zusätzlicher Aufwand durch eine Neuaußschreibung mit geänderten Anforderungen.

«3.7 Eignungskriterien

EK01: Die Leistungserbringerin verfügt zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hinsichtlich Leistung und Komplexität über mindestens zwei (2) Referenzen vergleichbarer Art. Die Referenz (Mandatsende resp. Produktivsetzung) darf dabei nicht länger als 5 Jahre zurückliegen. Eine Referenz ist vergleichbar, wenn sämtliche der folgenden Beurteilungspunkte a) - c) nachgewiesen werden können:

- a) hinsichtlich Leistung: Bereitstellung eines «eSpesen-Services»
- b) hinsichtlich Komplexität: Umgebung mit mind. 3'000 Arbeitsstationen / spesen-erfassende Benutzer (Arbeitsstationen mit Webbrowser oder Smartdevices)
- c) die Referenz befindet sich heute noch im produktiven Einsatz und wird von der Leistungserbringerin betrieben / gemanaged

EK02: Die Leistungserbringerin ist am Markt etabliert und erbringt seit mindestens 3 Jahren (Stichtag: Angebotsabgabe) vergleichbare Service-Dienstleistungen («as a Service»).»²⁶²

Während das Vorweisen von Referenzen sowie die Etablierung am Markt grundsätzlich für das Vorliegen von ausreichender Erfahrung spricht, werden hohe Anforderungen an die Referenzen gestellt. Ob diese von genügend Anbieter*innen erfüllt werden können, damit ein Wettbewerb um die Vergabe dieses Auftrags herrscht, ist fraglich. Da es sich hier um Eignungskriterien handelt, hätte die Nichterfüllung den Ausschluss aus dem weiteren Verfahren zur Folge. Zu restriktive Eignungskriterien, welche das Verfahren verkomplizieren oder einen Grossteil oder alle Anbieter*innen ausschliessen, widersprechen den Zielen des Vergaberechts.

Wenn Vergabestellen mit einem offenen oder selektiven Verfahren eine Auswahl verschiedener Angebote erreichen möchten (und das sollten sie), dann sind Eignungskriterien nicht restriktiver als nötig zu gestalten. Zwar bezwecken Eignungskriterien gerade, dass der Wettbewerb unter den Anbieter*innen eingeschränkt wird, sie müssen aber einen hinreichenden Restwettbewerb zulassen.²⁶³ Möchte die Vergabestelle Faktoren wie Referenzen berücksichtigen, kann sie weniger restriktive Eignungskriterien (z.B. das Vorliegen von Referenzen) als Mindestanforderung und zugleich graduell messbare Zuschlagskriterien (z.B. die Qualität der Referenzen) vorsehen.²⁶⁴

²⁶² Ausschreibung Nr. 1415783 vom 30. April 2024 des Finanzdepartements des Kantons St. Gallen (eSpesen-Lösung), Projekt-ID 279988.

²⁶³ BVGE 2010/58 E. 6.1 S. 837 f.

²⁶⁴ Vgl. LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 BöB/IVöB N 15.

b. Berücksichtigung von Ohnehin-Kosten

Als Ohnehin-Kosten werden Vorleistungen der Vergabestelle bezeichnet, welche einzelne Anbieter*innen im Rahmen ihrer Leistungserbringung nutzen könnten, während andere Anbieter*innen diese mangels Kompatibilität mit ihrem Angebot selbst erbringen müssten.²⁶⁵ So stellen Ohnehin-Kosten Kostenvorteile dar, welche einzelnen aber nicht zwingend allen Anbieter*innen dienen, was zu einer ungleichen Ausgangslage führen kann. Solche Ohnehin-Kosten können etwa Software-Lizenzen sein, welche die Vergabestelle bereits zu einem früheren Zeitpunkt erworben hatte und im aktuellen Beschaffungsvorhaben eingesetzt werden können.²⁶⁶

Wie solche Ohnehin-Kosten zu berücksichtigen sind, hat die Vergabestelle im Zuge der Ausschreibung klarzustellen,²⁶⁷ damit sowohl die Vergabestelle als auch die Anbieter*innen bezüglich der Ausschreibungsunterlagen und Angebote von denselben Tatsachen ausgehen.²⁶⁸ Sind Ohnehin-Kosten jenen Anbieter*innen, welche davon profitieren, aufzurechnen, werden jene Angebote mit den Angeboten von Anbieter*innen, welche sich nicht auf diesen Kostenvorteil stützen können, vergleichbar. Dieses Vorgehen bestraft allerdings Anbieter*innen mit diesem Kostenvorteil, indem ihre Angebote um Kosten erhöht werden, welche ihnen im Falle eines Zuschlags nicht vergütet werden.²⁶⁹ Auch ist eine Interessensabwägung zwischen einem möglichst transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren und der haushälterischen Verwendung von öffentlichen Mitteln geboten.²⁷⁰ Eine Anrechnung von Ohnehin-Kosten würde, wie erwähnt, einerseits einen Nachteilsausgleich darstellen, allerdings dürfte dann die Vergabestelle andererseits nicht im Sinne einer wirtschaftlichen Mittelverwendung gerade bewusst von dieser Synergie profitieren wollen.

Kann die Vergabestelle bei einem Angebot von Leistungen profitieren, welche mit Ohnehin-Kosten gedeckt sind, so soll sie diese Kostensynergie, welche sich als tiefere Ausgaben bemerkbar macht, grundsätzlich mit einer besseren Bewertung belohnen dürfen. Allerdings ist zu beachten, dass Anbieter*innen teilweise gerade aufgrund eines früheren Auftrags an diese Kostenvorteile gelangt sind. Eine übermäßige Bevorteilung solcher Anbieter*innen wäre im Sinne der Gleichbehandlung unangemessen.²⁷¹ Mit dem Erfordernis, Ohnehin-Kosten auszugleichen,

²⁶⁵ DIEBOLD/DIEM, N 36.

²⁶⁶ SCHNEIDER HEUSI, Preisbewertung, N 18.

²⁶⁷ DI CICCO, N 687; SCHNEIDER HEUSI, Preisbewertung, N 19.

²⁶⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-3791/2015 vom 19. August 2016.

²⁶⁹ SCHNEIDER HEUSI, Preisbewertung, N 19.

²⁷⁰ DI CICCO, N 687.

²⁷¹ DI CICCO, N 687.

können die Angebote miteinander verglichen und entsprechend bewertet werden. Denkbar wäre, den Kostenersparnissen aus Ohnehin-Kosten in einem separaten Zuschlagskriterium der Lebenszykluskosten, wie es Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB vorsieht, Rechnung zu tragen.²⁷² So finden diese Vorteile zwar Berücksichtigung in der Bewertung der Angebote, werden durch die Herauslösung aus der Preisbewertung aber etwas abgedämpft.

c. *SaaS-typische Qualitätskriterien*

Entscheidend bei der Beschaffung von SaaS-Lösungen sind nicht nur Preiskriterien, sondern auch funktionale resp. Qualitätskriterien. Als Zuschlagskriterien werden daher üblicherweise die Software selbst, darüber hinaus aber auch Betriebs- und Supportleistungen, die Gestaltung des Projekts sowie die Lösungspräsentation berücksichtigt.²⁷³ Gerade der Lösungspräsentation, welche i.d.R. eine Produktdemonstration (Demo) beinhaltet, wird eine hohe Bedeutung beigemessen. So gewichtete das BAFU bei der Beschaffung einer ERP-Lösung für die Gebührenverwaltung das Zuschlagskriterium «Produkt-Präsentation (Demo)» mit 20 Prozent.²⁷⁴ Weiter sind leistungsbezogene Anforderungen an die Anbieter*innen als Zuschlagskriterien möglich, womit, weniger restriktiv als mit Eignungskriterien, Referenzen oder Erfahrungen bewertet werden können. Erfordert die Beschaffung einer SaaS-Lösung eine Überführung von Daten vom Altsystem in die neue Lösung, so bietet sich die Einführung und die damit verbundene Datenmigration auch als Zuschlagskriterium an. Hierzu kann die Datenmigration einerseits aus einer Preisperspektive²⁷⁵ und andererseits aus einer Qualitätsperspektive betrachtet werden.²⁷⁶

d. *«SaaS» in den Ausschreibungsunterlagen*

Aus den Ausschreibungen geht nicht immer hervor, ob es sich beim Beschaffungsgegenstand um eine Softwarelösung im Allgemeinen, um eine On-Premise-Lösung oder um eine SaaS-Lösung handelt. Diese Klarstellung ist allerdings sehr wesentlich. Erlauben die Ausschreibungsunterlagen, dass sowohl On-Premise- als auch SaaS-Lösungen angeboten werden, führt das dazu, dass nicht vergleichbare Angebote vorliegen, was für die Beschaffung kaum zielführend sein kann. Ein Angebot für eine On-Premise-Lösung weist einen geringeren Leistungs-

²⁷² Vgl. DI CICCO, N 1446.

²⁷³ Vgl. Ausschreibung Nr. 1415783 vom 30. April 2024 des Finanzdepartements des Kantons St. Gallen (eSpesen-Lösung), Projekt-ID 279988.

²⁷⁴ Ausschreibung Nr. 1375213 vom 7. November 2023 des BAFU (ERP-Lösung für Gebührenverwaltung), Projekt-ID 268476.

²⁷⁵ Vgl. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2019.00562 vom 14. Mai 2020 E. 6.3.1.

²⁷⁶ Vgl. JOCHUM, DMS Kanton Zürich, wonach die Vergabestelle von den Anbieter*innen die Darlegung des Vorgehens bei der Datenmigration erwartete.

umfang auf, zumal der Betrieb nicht mitenthalten ist, weshalb ein tieferer Angebotspreis möglich ist. Hingegen ist eine SaaS-Lösung mit dem Betrieb der Software und der damit verbundenen Infrastruktturnutzung deutlich umfangreicher, aber deshalb auch tendenziell teurer. Stehen sich solche Angebote gegenüber, widerspiegeln ihre Preise nicht dieselben Leistungen, weshalb bereits die Preisbewertung fehlgeleitet sein kann.

Teilweise wird in der Beschreibung des Beschaffungsgegenstands festgehalten, dass der Betrieb als SaaS-Lösung gewünscht ist. So hat die Kantonspolizei Zürich bei der Beschaffung eines neuen Alarmierungssystems in der Ausschreibung unter «Gegenstand und Umfang des Auftrags» beschrieben, dass Anbieter*innen gesucht sind, welche eine Alarmierungslösung konzipieren, konfigurieren, testen, in Betrieb nehmen und als SaaS-Lösungen in ihren eigenen Rechenzentren betreiben.²⁷⁷ In einem weiteren Beispiel hat das BAFU bei der zuvor erwähnten Beschaffung einer ERP-Lösung den Beschaffungsgegenstand wie folgt beschrieben:

«2.6 Gegenstand und Umfang des Auftrags: Mit vorliegender Ausschreibung soll ein Anbieter für den Aufbau (inkl. Datenmigration), die Konfiguration, Bereitstellung, Produktivsetzung inkl. Wartung, Support und Weiterentwicklung der IT-Lösung evaluiert werden. Alle zum Betrieb und zur Nutzung benötigen Komponenten sollen den Geschäftsstellen, den Endanwendern und dem BAFU im Servicemodell zur Verfügung gestellt werden. Das BAFU behält sich jedoch vor, die IT-Lösung selbst, respektive durch einen Drittanbieter (BIT oder vom BAFU beauftragter Dritter) on premise zu betreiben.»²⁷⁸

So beschreibt das BAFU den Beschaffungsgegenstand mit den Eigenschaften einer SaaS-Lösung, zumal sie den Betrieb im Servicemodell fordert. Es besteht allerdings der Vorbehalt, wonach das BAFU die Lösung möglicherweise selbst oder durch Dritte als On-Premise-Lösung betreibt. So ist unklar, ob zugeschlagene Anbieter*innen letztlich eine Lösung im SaaS-Modell zur Verfügung stellen werden. Der Betrieb im Servicemodell sowie dessen Verlängerung werden in vorliegender Ausschreibung als Optionen aufgeführt.²⁷⁹ Schliesslich kann der Betrieb als SaaS-Lösung auch ein Ausschlusskriterium sein, wenn die Vergabestelle eine Software beschafft, welche sie bewusst selbst betreiben möchte. Hierzu hat die Kantonspolizei Bern einen Auftrag zur Integration einer Software in ein bestehendes IT-Projekt einer Anbieterin freihändig

²⁷⁷ Ausschreibung Nr. 1373163 vom 9. November 2023 der Kantonspolizei Zürich (Erneuerung Alarmierungssystem), Projekt-ID 267917.

²⁷⁸ Ausschreibung Nr. 1375213 vom 7. November 2023 des BAFU (ERP-Lösung für Gebührenverwaltung), Projekt-ID 268476.

²⁷⁹ Ausschreibung Nr. 1375213 vom 7. November 2023 des BAFU (ERP-Lösung für Gebührenverwaltung), Projekt-ID 268476.

vergeben, u.a. weil nur diese die Leistung als On-Premise-Lösung anbieten konnte. Alle anderen Anbieter*innen konnten nur eine SaaS-Lösung anbieten, weshalb diese Angebote nicht geeignet waren.²⁸⁰

Diese Beispiele zeigen, dass SaaS-Lösungen in den Ausschreibungsunterlagen auf verschiedenster Weise umschrieben werden können. Die Frage, ob die zu beschaffende Leistung eine SaaS-Lösung sein soll, kann gänzlich offengelassen werden, sie kann Teil der Beschreibung des Gegenstands sein oder sie kann ein Ausschlusskriterium sein. Bei der Beschaffung von Software ist den Vergabestellen anzuraten, sich im Vorfeld über die Betriebsweise (als SaaS- oder On-Premise-Lösung) Gedanken zu machen, zumal die beiden Modelle einen unterschiedlichen Leistungsumfang aufweisen. Die Betriebsweise kann aus Sicherheits- oder Datenschutzgründen entscheidend sein, ausserdem ist diese im Vorfeld klarzustellen, um vergleichbare Angebote zu erhalten. Nicht zuletzt verlangt das Transparenzgebot von Art. 2 lit. b BöB/IVöB eine klare und vollständige Umschreibung des Beschaffungsgegenstands.²⁸¹ Denkbar ist in diesem Zusammenhang etwa, die gewünschte Betriebsform als technische Spezifikation vorzugeben.

IV. Schlussfolgerungen

1. Klarheit über Vergabegegenstand

Die zentralste Frage, die sich in einem Vergabeverfahren stellt, ist diejenige nach dem Beschaffungsgegenstand. Die Vergabestelle hat sich im Vorfeld als initiale Herausforderung Gedanken darüber zu machen, welche Bedürfnisse im Konkreten zu decken sind und welche Leistungen sie in der Folge beziehen möchte. In Bezug auf Software ist zu klären, ob die Vergabestelle eine Standardlösung beschaffen möchte oder aufgrund sehr spezifischer Anforderungen auf eine individuelle Lösung angewiesen ist. Weiter ist wesentlich, ob die Vergabestelle die Software auf bereits bestehenden eigenen Servern betreiben möchte oder gewillt ist, die Infrastruktur für den lokalen Betrieb, welcher möglicherweise aus Sicherheitsgründen geboten ist, zu schaffen. Alternativ kann die Vergabestelle erwägen, den Betrieb an die Software-Anbieter*innen oder Dritte auszulagern. Mit dieser Bedarfsabklärung stellt die Vergabestelle die erste Weiche in Richtung On-Premise-Lösung (z.B. bei einer lokal betriebenen Individualsoftware) oder Richtung SaaS-Lösung (z.B. bei einer ausgelagerten Standardsoftware).

²⁸⁰ Zuschlag Nr. 1371475 vom 23. Oktober 2023 der Kantonspolizei Bern (Integration Airlock in das bestehende eProtokoll-Projekt), Projekt-ID 267429.

²⁸¹ BÜHLER, S. 687.

Steht der Bedarf fest, aber ist die Vergabestelle über die genaue technische Umsetzung unschlüssig, bietet sich ein Blick auf den Markt an. Mit einem sogenannten «Request for Information» (RFI) kann die Vergabestelle eine Marktanalyse vornehmen, indem sie ihren Bedarf kurz erläutert und einen Fragekatalog in Bezug auf eine mögliche Beschaffung veröffentlicht.²⁸² Potenzielle Anbieter*innen sind eingeladen, die gestellten Fragen zu beantworten, was einerseits der Vergabestelle einen Überblick über die auf dem Markt bestehenden Lösungen und andererseits potenziellen Anbieter*innen erste Hinweise auf eine mögliche künftige Ausschreibung verschafft. Das Kantonsspital St. Gallen strebt eine «durchgängig digitalisierte Patient Journey» an und hat zu diesem Zweck auf SIMAP einen RFI als Vorankündigung²⁸³ publiziert. Solche RFI sind unverbindlich. Die Durchführung eines RFI verpflichtet die Vergabestelle nicht zu einer späteren Beschaffung und die Teilnahme an einem RFI ist keine Voraussetzung für die Teilnahme an einer späteren Ausschreibung. Auch begründet die Teilnahme an einem RFI keine Vorbefassung i.S.v. Art. 14 BöB/IVöB.²⁸⁴

Von Bedeutung ist die Frage nach dem konkreten Beschaffungsgegenstand in mehreren Stufen des Vergabeverfahrens. Zunächst bestimmen die Betriebsart und die zu erfüllenden Voraussetzungen den Leistungsumfang und damit den geschätzten Auftragswert. Letzterer entscheidet über die zugrundeliegenden Mindestanforderungen, die an das Vergabeverfahren zu stellen sind. In einem späteren Schritt erlauben möglichst konkret formulierte Leistungsanforderungen den Teilnehmer*innen, brauchbare Angebote einzureichen, welche der Vergabestelle ermöglichen, eine qualitativ hochstehende Auswahl zu treffen.

2. Lock-In-Gefahr

Die Beschaffung einer Software-Lösung ist, je nach Umfang, nicht selten mit hohen Kosten verbunden. Entsprechend anerkennt die Botschaft zum revidierten BöB diesen Umstand und erlaubt in Einzelfällen längerfristige Dauerverträge aus wirtschaftlichen Gründen wie etwa dem Schutz von Investitionen.²⁸⁵ Gleichzeitig kann dieser Umstand die Vergabestelle dazu verleiten, aus gerade diesem mutmasslichen Investitionsschutzinteresse von einem späteren Wechsel der

²⁸² Vgl. MASCELLO, N 437 sowie Fn. 628 zu N 437; vgl. NAGEL, S. 26 f.

²⁸³ Derzeit besteht auf SIMAP keine dezidierte Funktion zur Durchführung von RFI, weshalb solche i.d.R. als Vorankündigung publiziert werden. Mit der neuen Beschaffungsplattform, deren Go-Live per 1. Juli 2024 geplant ist, sollen auch RFI durchgeführt werden können, was für ein bestehendes Praxisbedürfnis solcher Abklärungsverfahren spricht.; vgl. Projektseite <<https://kissimap.ch>> (besucht am: 24. Mai 2024).

²⁸⁴ Vorankündigung Nr. 1418081 vom 22. Mai 2024 des Kantonsspitals St. Gallen (Request for Information: Digital Patient Journey [RFI]), Projekt-ID 280599; vgl. Vorankündigung Nr. 1423197 vom 29. Mai 2024 der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich (Request for Information [RFI]: JI, Helium), Projekt-ID 282068.

²⁸⁵ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920; vgl. Kapitel III.1.C.c.

Software-Lösung und damit von einer Vergabe an neue Anbieter*innen abzusehen. Dadurch bindet sich die Vergabestelle freiwillig oder, aus Furcht vor hohen Wechselkosten, unfreiwillig an bestehende Anbieter*innen. Es besteht die Gefahr, dass ein Lock-In-Effekt eintritt.²⁸⁶

Während wirtschaftliche Gründe wie der Investitionsschutz über eine gewisse Zeit hin eine Rechtfertigung erlauben, erschöpft sich dieser Schutz mit fortschreitender Zeit zunehmend. Erwägt die Vergabestelle, etwa bei erschöpftem Investitionsschutz einen Auftrag neu zu vergeben, bietet das Vergaberecht einige Tatbestände, wonach sie trotz erreichter Schwellenwerte für ein höherstufiges Verfahren eine freihändige Vergabe vornehmen kann. So können etwa Folgeaufträge nach Art. 21 Abs. 2 lit. e bei wirtschaftlicher oder technischer Unmöglichkeit oder bei erheblichen Schwierigkeiten und Mehrkosten freihändig vergeben werden.²⁸⁷ Während die Voraussetzungen besonders zur Vermeidung einer Bindung an bestehende Anbieter*innen restriktiv auszulegen sind, können solche wirtschaftlichen oder technischen Unmöglichkeiten oder Schwierigkeiten gerade aufgrund einer vorgängigen langen Vertragslaufzeit entstanden sein. Denkbar ist hier, dass der langjährige Einsatz einer Software-Lösung zur besseren Integration in die damit abzubildenden Prozesse gewisse Abhängigkeiten mit Umsystemen geschaffen hat, welche den Wechsel auf eine andere Software-Lösung erschweren oder sensibel verteuern.

Folglich stehen Vergabestellen vor der Herausforderung, übermässige Bindungen zu den Anbieter*innen zu vermeiden. Mit dem Einsatz einer SaaS-Lösung können gewisse technische Anhängigkeiten vermieden werden. Durch den ausgelagerten Betrieb fallen keine lokalen Betriebskosten an, welche als Investitionen zu schützen wären. Ein Wechsel von einer SaaS-Lösung auf eine andere liesse sich technisch einfacher bewerkstelligen, ist aber dennoch mit Aufwänden verbunden (man denke hier an eine etwaige Datenmigration). Durch günstigere technische Voraussetzungen bei einem Austausch von SaaS-Lösungen könnten Vergabestellen einem Lösungswechsel dennoch positiver gestimmt sein.

3. Umgehung des Vergaberechts

Wie zuvor erwähnt, ermöglichen die Freihandtatbestände den Vergabestellen, Anbieter*innen über die Schwellenwerte hinweg frei auszuwählen. Den Vergabestellen kommt ein nicht unbedeutliches Ermessen zu, wenn es darum geht, die Anforderungen für den Zuschlag zu bestimmen. Schliesslich sind die Vergabestellen mit der Beschreibung der zu beschaffenden

²⁸⁶ Vgl. Zuschlag Nr. 1346581 vom 27. Juni 2023 des BIT (Weiterführung DirX Identity und Directory Subscription 2023-2030), Projekt-ID 260359; vgl. VOGT.

²⁸⁷ Kapitel III.2.C.f.

Leistungen und den zu erfüllenden Kriterien und technischen Spezifikationen federführend. Dieser Ermessensspielraum fordert die Vergabestelle heraus, diesen nicht so zu nutzen, um Bestimmungen im Vergabeverfahren zu umgehen.

Nationales und kantonales Vergaberecht halten in Art. 8 Abs. 3 und Art. 15 Abs. 2 BöB/IVöB fest, dass die Leistungen nicht in eine Weise ausgestaltet werden dürfen, welche das Umgehen der gesetzlichen Bestimmungen erlaubt. Zudem ist bei Bundesbeschaffungen gerade im Zusammenhang mit den Freihandtatbeständen nach Art. 21 Abs. 5 BöB vorgesehen, dass Aufträge nicht auf einzelne Anbieter*innen zugeschnitten sein dürfen. Trotz dieser Bestimmungen kann es vorkommen, dass Vergabestellen unbewusst oder aufgrund zuvor geschaffener technischer Abhängigkeiten bewusst so strenge Vergabeanforderungen definieren, dass keine den Anforderungen genügende Angebote eingehen oder nur einzelne Anbieter*innen in Frage kommen. Gehen keine oder keine brauchbaren Angebote ein, eröffnet dies den Freihandtatbestand nach Art. 21 Abs. 2 lit. a BöB/IVöB. Die Vergabestelle ist dennoch gezwungen, die Anforderungen zu lockern, zumal auch die von einer freihändigen Vergabe profitierenden Zuschlagsempfänger*innen zuvor die strengeren Anforderungen nicht erfüllten. Dieser Umstand erlaubt der Vergabestelle, bewusst oder unbewusst von einem Freihandtatbestand zu profitieren, ohne die ohnehin zu lockernden Anforderungen zuvor potenziellen Anbieter*innen in einem offenen oder selektiven Verfahren unterbreitet zu haben.

Generell ist die geschilderte Umgehungsgefahr keine, welche Software-Lösungen allein betrifft. Kern dieser Gefahr ist die Ausgestaltung der technischen Spezifikationen sowie der Eignungs- und Zuschlagskriterien. Anforderungen an Software-Lösungen und SaaS-Modelle können allgemeiner oder spezifischer Natur sein, wobei die mögliche Umgehung wahrscheinlicher ist, je spezifischer die Anforderungen sind. In einzelnen Vergabevorhaben wurde bei fehlenden Angeboten tatsächlich vom Freihandtatbestand Gebrauch gemacht.²⁸⁸ Alternativ können die Vergabestellen die Ausschreibung mit geänderten Anforderungen wiederholen. Eindrücklich zeigt dies das Beispiel der in dieser Arbeit erwähnten Ausschreibung der Kantonsbibliothek Vadiana.²⁸⁹ Diese wurde im Verlauf der Redaktion dieser Arbeit aufgrund fehlender Angebote abgebrochen unter dem Hinweis, dass die Ausschreibung mit geänderten Anforderungen

²⁸⁸ Zuschlag Nr. 1383811 vom 21. März 2024 des Kantons Zürich (Dokumenten Management System DMS), Projekt-ID 270939.

²⁸⁹ Ausschreibung Nr. 1392961 vom 5. Februar 2024 der Kantonsbibliothek Vadiana (Ablösung der Bibliothekssoftware), Projekt-ID 273460.

wiederholt wird.²⁹⁰ Eine solche Wiederholung erlaubt ursprünglichen und neuen Teilnehmer*innen, von den gelockerten Anforderungen gleichermaßen zu profitieren, und ist daher zu empfehlen. Auch wurde der Zuschlag des Kantonsspitals St. Gallen für die Beschaffung einer Nachfolgelösung für SAP IS-H, welcher gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. c und e IVöB freihändig erfolgte, während der Redaktion dieser Arbeit widerrufen.²⁹¹ Hierzu plant die Vergabestelle, den Auftrag entgegen der vorherigen freihändigen Vergabe neu auszuschreiben.²⁹²

4. Zweckkonflikte

Bei Betrachtung der zuvor geschilderten Herausforderungen aus der Perspektive der zu verwirklichenden Zwecke des Vergaberechts könnte der Eindruck entstehen, Vergabestellen würden den Wettbewerb entgegen diesen Zwecken einschränken. Handlungsempfehlungen wie die klare Beschreibung der Beschaffungsgegenstände oder die Neuausschreibung bei gelockerten Vergabeanforderungen entsprechen dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot und fördern den Wettbewerb unter den Anbieter*innen, sodass diese Massnahmen mit dem Wettbewerb verträglich sind. Dem Zweck der Wettbewerbsförderung steht allerdings ein weiterer Zweck in einigen Bereichen entgegen – nämlich der wirtschaftliche oder «haushälterische» Mitteleinsatz.²⁹³

Zur Vermeidung der zuvor geäusserten Gefahr eines Lock-In-Effekts wären Vergabestellen gehalten, regelmässig neue Anbieter*innen für Software zu berücksichtigen, auch wenn seitens der Vergabestellen kein Wechselbedürfnis bestünde. Dadurch würden Kosten für die Durchführung von Vergabeverfahren sowie für allfällige Wechselprojekte anfallen, welche keinem Bedarf der Vergabestellen dienen. Stattdessen würde eine solche Beschaffung zu einem Selbstzweck erfolgen, was der Idee einer Beschaffung zuwiderliefe.²⁹⁴ Der Bedarf nach einer neuen Software-Lösung würde erst dann bestehen, wenn sich die praktischen Anforderungen geändert haben, welche die aktuelle Lösung nicht mehr abbilden kann, oder wenn die aktuelle Lösung am Ende des Produktlebenszyklus steht. So sieht die Botschaft zum revidierten BöB vor, dass bei der Beschaffung von Software für die Bestimmung der Laufzeit nebst dem Investitions-

²⁹⁰ Abbruch Nr. 1418471 vom 8. Mai 2024 der Kantonsbibliothek Vadiana (Ablösung der Bibliothekssoftware), Projekt-ID 273460.

²⁹¹ Widerruf Nr. 1415057 vom 25. April 2024 des Kantonsspitals St. Gallen (Nachfolgelösung SAP IS-H), Projekt-ID 277605.

²⁹² JOCHUM, SAP Kantonsspital St. Gallen.

²⁹³ HÄNNI/STÖCKLI, N 730 sowie Fn. 1179 zu N 730; vgl. SCHOTT, N 831.

²⁹⁴ Vgl. BOCK, S. XXV, wonach eine Beschaffung einer Fremdbestimmung (etwa dem Erreichen eines Ziels durch die Beschaffung eines Guts) dienen und nicht um der Beschaffung wegen erfolgen soll.

schutz auch dem Produktlebenszyklus der Software Rechnung getragen werden darf.²⁹⁵ Wiederum ist zu beachten, dass SaaS-Modelle in ihrem Leistungsumfang oftmals auch die Softwarepflege und damit die Lieferung von Software-Releases zur Behebung von Fehlern oder Anpassung an neue rechtliche oder technische Anforderungen beinhalten.²⁹⁶ Dadurch kann eine SaaS-Lösung länger eingesetzt werden, wodurch wiederum für eine längere Zeit kein Bedarf für eine neue Lösung besteht.

Bereits die Botschaft zum revidierten BöB hält fest, dass Zielkonflikte unvermeidbar sind. Sie sind durch eine Interessensabwägung zu lösen, wobei das Vergaberecht im Grundsatz keinem der Zwecke eine vorrangige Stellung einräumt.²⁹⁷ Eine lange Laufzeit für eine Software-Lösung erlaubt den Vergabestellen einen sparsamen Umgang mit ihren finanziellen Mitteln und schützt die getätigten Investitionen. Im Bewusstsein, dass solche Massnahmen die Leistung für längere Zeit des Wettbewerbs entziehen, ist es umso bedeutender, dass ein tatsächlich durchgeführtes Ausschreibungsverfahren möglichst viel Wettbewerb zulässt. So ist bei einer öffentlichen Ausschreibung ein möglichst offenes Verfahren zu wählen und von unnötig restriktiven Vergabe-anforderungen abzusehen.

²⁹⁵ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1920.

²⁹⁶ FRÖHLICH-BLEULER, N 3035.

²⁹⁷ Botschaft Totalrevision BöB, S. 1884.

Selbständigkeitserklärung

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig ohne fachliche Mitarbeit Dritter verfasst und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich willige ein, dass meine Arbeit mittels Plagiaterkennungssoftware überprüft werden kann, und nehme zur Kenntnis, dass eine Unkorrektheit gemäss § 53 StuPO 2016 Disziplinarsanktionen nach sich ziehen kann.

Bronschhofen, 30. Mai 2024

Igor Babic