

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Open Source Ausschreibungen richtig vorbereiten und abwickeln

Dr. Christoph Kins, Fachanwalt für Vergaberecht
abante Rechtsanwälte Kins Lohmann PartG mbB

kins@abante.de

Gliederung



- 1) **Wir lesen den Fall**
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an

Wir lesen den Fall

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Der AG (Kunde) ist eine Landesbehörde und benötigt eine Software für die Unterstützung des Antragsbearbeitungsvorgangs.

Nach einer Markterkundung kommt die Bedarfsstelle im Haus des AG zu dem Ergebnis, dass es zwar mehrere Angebote gibt, die den Bedarf im Ansatz erfüllen. Keines davon passt jedoch zu 100% oder auch nur zu 90%.

Der AG schätzt einen Aufwand von 150.000 € bis 250.000 € für die Anschaffung und Anpassung der Software sowie deren anschließende Pflege und Support für die Dauer von bis zu 4 Jahren.

Die Behördenleitung hat sich die Markterkundung durchgesehen und erteilt folgende Hinweise:

- 1) Es solle produktneutral ausgeschrieben werden.
- 2) Es solle ein Vendor-Lock-in-Effekt vermieden werden.
- 3) Die Anpassungsleistungen müssten einmal und die Pflege- und Supportleistungen müssten regelmäßig, also mindestens alle 4 Jahre erneut, ausgeschrieben werden.
- 4) Es könne sein, dass man die Ergebnisse an andere Landesbehörden weitergeben wolle – „ohne großen Aufwand“

Wir lesen den Fall

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Der Bedarfsträger hat die Markterkundung durchgeführt und kommt zu zwei Ergebnissen:

- 1) Er hat Sympathie für die im Internet kostenfrei herunterladbare, unter einer OSS-Lizenz lizenzierte Software „Wire40k“.
- 2) Als Partner für die Anpassungsprogrammierung hätte er gerne die Firma Fuchsele, diese bietet schwerpunktmäßig Pflege- und Supportleistungen für die Software „Wire40k“ an. Außerdem ist die Firma schon Rahmenvertragspartner einer anderen Behörde, die gelegentlich IT-Leistungen für die Landesbehörde mitbeschafft, es bestehen also „gute Erfahrungen“ mit ihr.

Wir lesen den Fall

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Der Haushälter und die Rechtsabteilung erteilen ebenfalls Hinweise:

- 1) Eine Pflicht, OSS zu beschaffen, bestehe nicht.
- 2) Wenn es eine OSS werden solle, müssten Vorkehrungen im Vergabeverfahren getroffen werden. So könne u.a. nicht ausgeschlossen werden, dass die OSS eines Tages mit proprietärer Software kombiniert werden müsse. Auch dürfe es auf keinen Fall sein, dass die verarbeiteten Nutzerdaten bekannt gegeben würden.
- 3) Den Vorschlag der Firma Fuchsele, doch die Software „Wire40k“ erst einmal kostenlos herunterzuladen und auszurollen und die Anpassungsprogrammierungs- und Supportleistungen anschließend direkt zu vergeben, sei abzulehnen. Denn es handle sich um eine unzulässige Stückelung des Auftrags. Außerdem könne OSS, wenn es eine OSS werde im Ergebnis der Ausschreibung, ja jeder pflegen und supporten.

Wir lesen den Fall

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Welche Tipps für die Gestaltung der Vergabeunterlagen haben Sie? Gehen Sie unter den nachfolgenden Gesichtspunkten besonders auf die – mögliche – Zulassung oder gar Forderung von OSS ein:

- Bedarfsermittlung
- Leistungsart
- Auftragswertermittlung
- Vertragstyp nach EVB IT
- Losbildung
- Beteiligung der Firma Fuchsele im Vorfeld des Vergabeverfahrens
- Nebenangebote
- Leistungsbeschreibung
- Eignungskriterien
- Zuschlagskriterien

Gliederung

- 1) Wir lesen den Fall
- 2) **Wir sammeln**
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an



Ideen

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) **Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch**
- 4) Wir schauen uns die Details an

Checkliste

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) **Wir schauen uns die Details an**
 - 1) Zulässige Verengung auf OSS?

Zulässige Verengung auf OSS



- *Vorsicht:* Nach UfAB 2018, Kap. B, S. 76, ähnlich wie «produktspezifische Ausschreibung» zu behandeln
- Vorgabe, dass es OSS sein muss, ist also begründungsbedürftig
 - Begründung gehört in Vergabevermerk
- Objektive und auftragsbezogene Gründe, die auch tatsächlich vorliegen, zum Beispiel:
 - Politische Erwägungen (z.B. Digitalstrategie der Bundesregierung 2022, S. 3, 9, 32, 46)?
 - Vorgabe in Zuwendungsbescheid?
 - Vermeidung Lock-in-Effekt?
 - Öffentliches Interesse an Quellcode-Offenlegung?
 - *Kritisch:* Kompatibilität?
- Ist die Vorgabe „OSS“ ausreichend genau?
- Rechtsprechung nicht ersichtlich

Zulässige Verengung auf OSS

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Fazit:

Es gibt Argumente für eine Verengung auf OSS. Aber die rechtliche Zulässigkeit kann noch nicht als gesichert gelten.

Im vorliegenden Fall: Vermeidung Lock-in, später einmal vergaberechtsfreie Weitergabe der Software unter Offenlegung Quellcode nach § 108 Abs. 6 GWB

=> Das könnte reichen

Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an
 - 1) Zulässige Verengung auf OSS?
 - 2) **Getrennte Ausschreibung von OSS einerseits und Anpassungs-, Pflege- und Supportleistungen andererseits?**

Getrennte Ausschreibung OSS und Wartung/Pflege

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



- Wenn OSS kostenfrei, dann kein entgeltlicher öffentlicher Auftrag
 - Vergaberecht NICHT anwendbar
- Wenn OSS sehr günstig, dann unter den Schwellenwerten
 - Ggf. vergaberechtsfreier Direktkauf oder sehr geringe Förmlichkeiten bei der Vergabe
- **PREISFRAGE:** OSS wird kostenfrei beschafft und intern ausgerollt, und nach 1 Jahr sollen Anpassungs-/Pflege-/Supportleistungen entgeltlich beschafft werden.
 - **Meinung 1:** Einheitlicher Lebenssachverhalt, sodass bereits OSS-Beschaffung hätte ausgeschrieben werden müssen. Dh: Vergaberegime beurteilt sich nach Gesamtwert; bei Serviceleistungen für die Dauer von idR 4 Jahren.
 - **Meinung 2:** Bei zeitlichem Auseinanderfallen von OSS Beschaffung und Pflegeleistungs-Beschaffung getrennte Beurteilung notwendig. Dh: Wenn OSS umsonst oder sehr billig, keine oder sehr reduzierte Vergabe.
 - **Vorzugswürdig:** Wenn absehbar, dass **u.U. auch erst einige Jahre später** Anpassung/Wartung/Support benötigt werden, muss OSS **zusammen** mit diesen Dienstleistungen betrachtet werden (sonst klassische Stückelung). Also **entweder** einheitliche Ausschreibung **oder** Beschaffung auch kostenfreier OSS nur im Wege einer Ausschreibung und deutlich später Beschaffung von Anpassung/Pflege/Support ebenfalls im Wege einer Ausschreibung.
 - Zum Themenkreis gibt es erst zwei (2) Entscheidungen (einmal VK Bund und dann OLG Düsseldorf als weitere Instanz zum selben Fall). Hier war OSS sehr billig beschafft und ausgerollt worden, anschließend wurde der sehr hochwertige Pflegeauftrag direkt vergeben mit dem Argument, nur das die OSS zum Download bereitstellende Unternehmen könne die OSS pflegen/supporten etc. Der dagegen klagende Wettbewerber verlor, weil er nicht plausibilisieren konnte, dass er derzeit diese OSS selbst pflegt etc.
 - „Vendor Lock-in“-Effekt durch die Hintertür

Getrennte Ausschreibung OSS und Wartung/Pflege

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Fazit:

- Es ist für die Landesbehörde klar, dass sie nicht nur die Software, sondern noch dazu Anpassungs-, Pflege- und Supportleistungen brauchen wird => Auftragswerte sind zu addieren, im vorliegenden Fall: **EUROPAWEITE VERGABE für jede Beschaffung**
 - **Das heißt NICHT**, dass beide Beschaffungen zusammen oder gleichzeitig erfolgen müssen. Es heißt nur, dass beide Beschaffungen nach EU-Vergaberecht zu erfolgen haben.
- Wenn OSS beschafft und ausgerollt wurde, darf – im Regelfall – nicht „der“ Dienstleister direkt beauftragt werden
 - Wer sich auf Vermeidung des „Lock-in“ Effekts beruft, um OSS beschaffen zu dürfen, nur um dann geltend zu machen, es könne nur „dieses eine“ Unternehmen die Wartung erledigen, begibt sich in einen unauflösbaren Selbstwiderspruch

Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an
 - 1) Zulässige Verengung auf OSS?
 - 2) Getrennte Ausschreibung von OSS einerseits und Anpassungs-, Pflege- und Supportleistungen andererseits?
 - 3) **EVB IT Vertragstyp?**

EVB IT Vertragstyp

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Zur Feststellung des EVB IT Vertragstyps gehen wir eine Abstraktionsebene höher:
Was genau ist verlangt?

- Antragsbearbeitungssoftware, die (1) unter OSS-Lizenz steht und (2) erstmals erstellt oder zumindest angepasst und (3) gewartet werden muss
 - *Wahrscheinlich*: **EVB IT Erstellung** mit – alternativ –
 - vom AG zu überlassender „Wire40k“, die (vss. auf Quellcode-Ebene) vom AN anzupassen ist
 - Nachteil: Später anzupassende Software (also zB „Wire40k“) muss VORHER ausgeschrieben worden sein, und zwar nach den Regeln, die bei Addition aller Werte gelten
 - vom AN zu überlassender und (vss. auf Quellcode-Ebene) anzupassender unter OSS-Lizenz stehender Software, welche auch immer das ist
 - neu vom AN zu erstellender und unter OSS-Lizenz stehender Software
 - Nachteil: Kosten für AN mutmaßlich sehr hoch
 - und – kumulativ –
 - Pflege- und Support-Leistungen nach Abnahme

Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an
 - 1) Zulässige Verengung auf OSS?
 - 2) Getrennte Ausschreibung von OSS einerseits und Anpassungs-, Pflege- und Supportleistungen andererseits?
 - 3) EVB IT Vertragstyp?
 - 4) **Worauf bei der Anpassung des EVB IT Vertrags achten?**

Anpassungen EVB IT Erstellung

2.1.1

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



Einschränkungen?

Erschöpfung?

Veränderungen, nur wenn
„gesetzlich zulässig“?

Löschpflicht?

Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware*

Ist die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware* gegen Einmalvergütung vereinbart, überlässt der Auftragnehmer dem Auftraggeber diese Standardsoftware* entsprechend den Vereinbarungen im EVB-IT Erstellungsvertrag und stellt ihm diese zur Verfügung. Soweit im EVB-IT Erstellungsvertrag keine andere bestimmungsgemäße Nutzung vereinbart ist, geht im Zeitpunkt der Lieferung das nicht ausschließliche,

- mit der Einschränkung des vorletzten Absatzes dieser Ziffer 2.1.1 übertragbare,
- dauerhafte, unwiderrufliche und unkündbare,
- örtlich unbeschränkte,
- in jeder beliebigen Hard- und Softwareumgebung ausübbar

Recht auf den Auftraggeber über, die Standardsoftware* zu nutzen, das heißt insbesondere, sie dauerhaft oder temporär zu speichern und zu laden, sie anzuzeigen und ablaufen zu lassen. Dies gilt auch, soweit hierfür Vervielfältigungen notwendig werden.

Macht der Auftraggeber von seinem Recht zur Übertragung des Nutzungsrechts Gebrauch, hat er seine vertraglichen Verpflichtungen bezüglich Inhalt und Umfang der Nutzungsrechte dem Dritten aufzuerlegen. Mit der Übertragung an den Dritten ist der Auftraggeber unbeschadet der Rechte gemäß dem letzten Satz dieser Ziffer nicht mehr zur Nutzung berechtigt.

Der Auftraggeber verpflichtet sich, die Standardsoftware* nicht in eine andere Codeform zu bringen oder Veränderungen am Code vorzunehmen, es sei denn, dass dies nach den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist. Sofern nach den vertraglichen Bestimmungen das Nutzungsrecht an der Standardsoftware* endet, ist der Auftraggeber verpflichtet, die erstellten Vervielfältigungen zu vernichten bzw. dauerhaft zu löschen. Der Auftraggeber ist jedoch berechtigt, eine Kopie ausschließlich für Prüf- und Archivierungszwecke zu behalten und zu nutzen.

Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an
 - 1) Zulässige Verengung auf OSS?
 - 2) Getrennte Ausschreibung von OSS einerseits und Anpassungs-, Pflege- und Supportleistungen andererseits?
 - 3) EVB IT Vertragstyp?
 - 4) Worauf bei der Anpassung des EVB IT Vertrags achten?
 - 5) **Und was machen wir mit der Firma Fuchsele?**

Projektant



Projektant = Firma ist an der Vorbereitung der Vergabe beteiligt

- Besprechung mit Fächsele erfolgt im Rahmen der Vergabevorbereitung
⇒ Markterkundung
- Muss Fächsele in Vergabe ausgeschlossen werden?
 - Nein. Aber: Alle Informationen, die Fächsele erhalten hat, und alle Informationen, die Fächsele gegeben hat, müssen dem Markt zur Verfügung gestellt werden.
- *Schwieriger*, wenn getrennte Vergabe und Vor-Festlegung auf „Wiresoft40k“

Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an
 - 1) Zulässige Verengung auf OSS?
 - 2) Getrennte Ausschreibung von OSS einerseits und Anpassungs-, Pflege- und Supportleistungen andererseits?
 - 3) EVB IT Vertragstyp?
 - 4) Worauf bei der Anpassung des EVB IT Vertrags achten?
 - 5) Und was machen wir mit der Firma Fuchsele?
 - 6) **OSS-Erfahrung als Eignungskriterium?**

OSS-Erfahrung als Eignungskriterium

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



„Der Bieter bzw. die Bietergemeinschaft, der/die Eignungsleihgeber (falls er die Eignung in technisch-beruflicher Hinsicht verleiht/verleihen) und der/die Unterauftragnehmer (soweit er/sie den betreffenden Leistungsteil selbst erbringt/erbringen) muss/müssen mindestens **3 (drei)** Referenzaufträge aus den letzten **3 (drei)** abgeschlossenen Geschäftsjahren, gerechnet ab dem Tag der Absendung der EU-weiten Bekanntmachung, nachweisen. Zu diesem Zweck muss er bzw. müssen sie Angaben zum Referenznehmer (wer hat die vergleichbaren Leistungen erbracht?), zum Referenzgeber (an wen wurden die vergleichbaren Leistungen erbracht?) und zum Referenzinhalt (worin bestanden die vergleichbaren Leistungen?) machen. Im Einzelnen wird verlangt, das Projekt und die erbrachte Leistung dem Inhalt, dem Zeitraum, dem Umfang und dem Wert nach zu beschreiben. **Vergleichbare Referenzleistungen liegen vor, wenn die Leistung im Umfang von 10 (zehn) Personentagen pro Jahr in der – mindestens einjährigen – Erbringung von Pflege- und Supportleistungen für eine unter OSS-Lizenz stehende Software besteht, die zugleich von dem Referenznehmer – ggf. auch vor dem 3-Jahres-Zeitraum – zu wesentlichen Teilen selbst erstellt oder auf die Bedürfnisse des Referenzgebers hin auf Quellcodeebene angepasst wurde, wobei der hierfür abgerechnete und vereinnahmte Aufwand mindestens 50 (fünfzig) Personentage betragen haben muss.“**

Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an
 - 1) Zulässige Verengung auf OSS?
 - 2) Getrennte Ausschreibung von OSS einerseits und Anpassungs-, Pflege- und Supportleistungen andererseits?
 - 3) EVB IT Vertragstyp?
 - 4) Worauf bei der Anpassung des EVB IT Vertrags achten?
 - 5) Und was machen wir mit der Firma Fuchsele?
 - 6) OSS-Erfahrung als Eignungskriterium?
 - 7) **Lizenzfragen als Zuschlagskriterien?**

OSS-Lizenz als Zuschlagskriterium

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



„Der Auftraggeber beabsichtigt, die anzupassende oder neu zu erstellende Software mit anderen Behörden oder juristischen oder natürlichen Personen (im Folgenden: Kooperationspartner) zu überlassen, wobei diese Kooperationspartner ggf. ihrerseits Änderungen, Bearbeitungen, Kombinationen etc. vornehmen können sollen. Er möchte dabei möglichst wenig Aufwand entfalten und möglichst wenig Einschränkungen hinnehmen müssen.

Legen Sie dar, dass und wie Sie sicherstellen, dass der Quellcode offengelegt und übergeben werden kann, was genau mit welchem Aufwand für den Auftraggeber dabei zu beachten ist, und ob und ggf. welche Risiken es für die Kooperationspartner des Auftraggebers gibt, vor allem wenn und soweit sie proprietäre Software mit der überlassenen OSS verbinden, kombinieren etc.

Der Auftraggeber bewertet die Vollständigkeit, Richtigkeit, Ausführlichkeit und Nachvollziehbarkeit Ihrer Darlegungen. Auch fließt in die Bewertung ein, wie gering der Aufwand für den Auftraggeber sein wird – nur soweit dieser Aufwand durch Ihre Lizenzwahl beeinflusst wird – und wie hoch die Kombinationsfähigkeit der OSS ist.“

Gliederung



- 1) Wir lesen den Fall
- 2) Wir sammeln
- 3) Wir gehen die Checkliste zur IT-Vergabevorbereitung durch
- 4) Wir schauen uns die Details an
 - 1) Zulässige Verengung auf OSS?
 - 2) Getrennte Ausschreibung von OSS einerseits und Anpassungs-, Pflege- und Supportleistungen andererseits?
 - 3) EVB IT Vertragstyp?
 - 4) Worauf bei der Anpassung des EVB IT Vertrags achten?
 - 5) Und was machen wir mit der Firma Fuchsele?
 - 6) OSS-Erfahrung als Eignungskriterium?
 - 7) Lizenzfragen als Zuschlagskriterien?
 - 8) **Sonstige auftragsbezogene Erklärungen**

OSS-Lizenz als Zuschlagskriterium

SLAC 20
23
23.-25. Mai 2023 | Berlin



- Liste mit OSS-Bestandteilen unter Beifügung der jeweiligen Lizenztexte, wenn keine „100% OSS“ Vorgabe in den Vergabeunterlagen aufgenommen wurde
 - Wenn 100% OSS, dann genaue Angabe der Lizenzbestimmungen und des Texts/der Texte
- Regelung zu Copyleft-Effekt?



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Quellen



Wiebe, Gutachten zur vorrangigen Beschaffung und Entwicklung von Open Source Software in der Bundesverwaltung, Dezember 2022 (online abrufbar)

VK Bund, Beschluss vom 02.12.2021, VK 1 - 104 / 21; dies bestätigende Entscheidung des OLG Düsseldorf; derzeit Verfassungsbeschwerde anhängig

Vitako Handreichung, Tipps und Hinweise zur Vergabe von Open Source Software für die öffentliche Verwaltung, Stand: 14. Juni 2021 (online abrufbar)

Jäger, Handreichung der Open Source Business Alliance: Nutzung der EVB-IT beim Einsatz von Open Source Software, Beschaffung von Open Source Software für Behörden und öffentliche Einrichtungen, 2. Aufl. 2018 (online abrufbar; **Leseempfehlung**)

Handbuch IT- und Datenschutzrecht (Beck, 3. Aufl.)



Disclaimer

Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte dieser Präsentation kann keine Haftung übernommen werden. Die Unterlagen enthalten nur allgemeine Hinweise und keine verbindlichen Aussagen zu rechtlichen Einzelsachverhalten. Letztere sind von Fall zu Fall verschieden und setzen eine individuelle rechtliche Prüfung voraus. Es gilt nur das gesprochene Wort.