

# Neutral ausschreiben

von Christian Schmall

Die Migration auf Linux und andere quelloffene Software-Produkte ist in der öffentlichen Verwaltung ein vieldiskutiertes Thema. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet die vergaberechtlichen Aspekte der Beschaffung von Open Source Software.

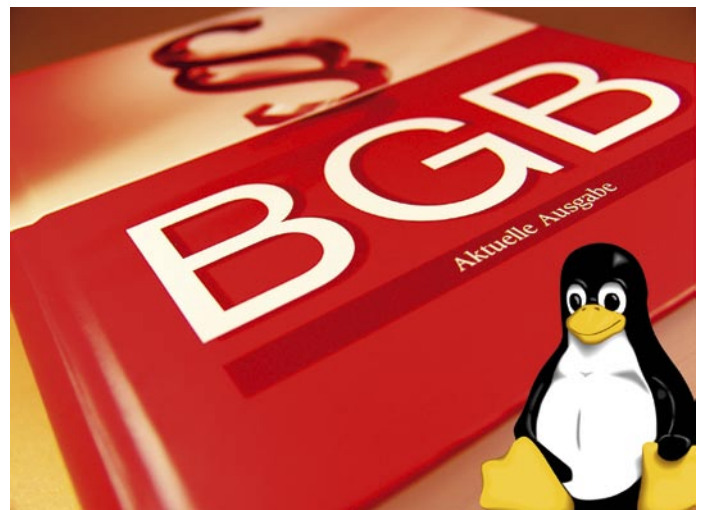
**D**er Einsatz von Open Source Software soll neben der Einsparung von Haushaltsmitteln oftmals auch bei der Verwirklichung allgemeiner politischer Ziele, wie dem einer Belebung des Wettbewerbs auf dem Software-Markt und der Reduzierung monopolartiger Strukturen, helfen. Die IT-Beschaffung einer Behörde hat jedoch grundsätzlich unter Beachtung des Vergaberechts zu erfolgen. Das Ziel des Vergaberechts ist die diskriminierungsfreie und wirtschaftliche Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen für die öffentliche Hand. Die Regelungen des Vergaberechts beziehen sich dabei jedoch ausschließlich auf entgeltliche Beschaffungsvorgänge. Der Download und die Nutzung von Open Source Software sind jedoch kostenfrei. Kosten entstehen lediglich im Dienstleistungsbereich im Rahmen der Anpassung der Software an die spezifischen Bedürfnisse der jeweiligen Behörde, der Installation, der Schulung der Anwender und des Supports. Bei der so genannten proprietären Software hingegen ist auch der Erwerb der Nutzungslizenz kostenpflichtig. Die Aufspaltung des Beschaffungsvorgangs in den Bereich der Lizenzbeschaffung und den nachfolgenden Dienstleistungsbereich würde damit von vornherein zu

einer Benachteiligung der Anbieter proprietärer Software führen.

Diese Sichtweise würde jeglichen Wettbewerb zwischen Open Source Software und proprietärer Software ausschalten. Eine genauere Betrachtung des tatsächlichen Bedarfs der Behörde, der für den Beschaffungsvorgang entscheidend sein muss, ergibt folgendes Bild: Die Behörde möchte eine Software mit bestimmten Funktionen für einen spezifischen Zweck nutzen. Dieser Bedarf wird gedeckt durch die Anschaffung eines entsprechenden Programms, dessen Adaption und die Schulung der Anwender. Ob die Anbieter ihren Entwicklungsaufwand mit der Lizenzierung der Software und den Supportleistungen amortisieren oder ob die Software kostenlos vertrieben wird und die Erträge ausschließlich durch die anschließenden Dienstleistungen erzielt werden, kann nicht zu einer unterschiedlichen Bewertung der Vergabepflichtigkeit

führen. Unter welchem Lizenzmodell die Software veröffentlicht wird, ist daher für die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts grundsätzlich unbeachtlich.

Die einheitliche Ausschreibung einer Software und der damit einhergehenden Dienstleistungen hat dem Gleichbehandlungsprinzip und dem Wettbewerbsgrundsatz



Linux: Einwandfreie Ausschreibung nötig.

des Vergaberechts entsprechend diskriminierungsfrei zu erfolgen. Die Beschreibung der nachgefragten Leistung muss neutral sein und darf keinen Anbieter von vornherein ausschließen.

Schreibt eine Behörde explizit eine Linux-Distribution oder ein

Unix-Derivat aus, wird dadurch der Markt der potenziellen Anbieter auf die Distributoren freier Software verengt. Die Rechtfertigung einer solchen Marktverengung ist nicht gegeben. Das Vergaberecht fordert eine abstrakte Beschreibung der Leistungsmerkmale der zu beschaffenden Software – unabhängig vom Lizenzmodell der Software.

Auch eine abstrakte Leistungsbeschreibung, die ausschließlich durch Open Source Software zu erfüllen ist, ist dem entsprechend unzulässig. Die Anforderung einer bestimmten Lizenzierung der Software, die beispielsweise der GNU-GPL entspricht, kann als Vergabekriterium nur zulässig sein, wenn der Bedarf für diese Form der Lizenzierung tatsächlich vorhanden ist. Will die Behörde die Software weiterentwickeln und die weiterentwickelte Version anderen Verwaltungsträgern zur Verfügung stellen, so ist die Anforderung einer entsprechenden Lizenzierung selbstverständlich zulässig. Erfolgt die Einschränkung der Ausschreibung auf GPL-Software jedoch ohne Bezug zu dem tatsächlich vorhandenen Bedarf, so ist diese unzulässig.

Gleiches gilt für die Offenlegung des Quellcodes. Die Forderung nach quelloffener Software darf nur vor dem Hintergrund eines belegbaren Bedarfs in der Behörde erfolgen. Die Offenlegung des Quellcodes ist dabei auch kein Merkmal, das die Anbieter proprietärer Software von der Ausschreibung ausschließt. Es steht jedem Software-Hersteller frei, Einblick in den Quellcode zu gewähren. In diesem Bereich ist in den letzten Jahren aufgrund der zunehmenden Konkurrenz durch Open-Source-Lösungen gerade

bei Microsoft eine zunehmende Transparenz zu verzeichnen. Das Government-Security-Programm im Rahmen der Shared Source Initiative gewährt nationalen und supranationalen Behörden Einblick in einen Großteil der Quellcodes der Microsoft-Produkte und ermöglicht so eine verbesserte Risikoeinschätzung und eine entsprechende Prävention.

Die höhere Kompatibilität, die Open-Source-Programme tendenziell auszeichnet, kann gerade bei der heterogenen IT-Infrastruktur in deutschen Amtsstuben ein entscheidender Vorteil sein. Daten und Dokumente müssen sich möglichst problemlos zwischen verschiedensten IT-Systemen austauschen lassen. Gerade die fehlende Kompatibilität der Daten der fast durchgängig verbreiteten Microsoft-Anwendungen ließ in der Vergangenheit zahlreiche Migrationsprojekte scheitern. Auch in diesem Bereich sind bei Microsoft vor dem Hintergrund zunehmender Konkurrenz und politischen Drucks Fortschritte zu verzeichnen. Anfang 2005 hat Microsoft gemeinsam mit dem Fraunhofer Institut für Offene Kommunikationssysteme ein Projekt zur Verbesserung der Datenkompatibilität der Microsoft-Produkte in der Praxis gestartet. Parallel dazu hat das Bundesministerium des Inneren im Juni 2005 eine Studie zur Interoperabilität von Office-Anwendungen veröffentlicht. Diese Entwicklungen werden in Zukunft die Umstellung von staatlichen IT-Infrastrukturen auf Open Source Software erleichtern. Die Beschränkung einer Ausschreibung auf Open Source Software wegen der allgemein höheren Kompatibilität ist jedoch unzulässig. Bestimm-

te Kompatibilitäten können als Vergabekriterium nur einbezogen werden, wenn ein entsprechender Bedarf belegbar ist.

Eine vergaberechtskonforme Ausschreibung sollte abstrakt den tatsächlichen funktionalen Bedarf der Behörde beschreiben und dabei weitestmöglich auf die Nennung von konkreten Produkten verzichten. Die Einbeziehung von Kriterien, die sich nicht auf das konkrete Produkt beziehen, sondern allgemeiner politischer Natur sind, ist nur zulässig, wenn diese Kriterien in einem entsprechenden Gesetz vorgegeben sind. Ein Open-Source-Förderungsgesetz ist jedoch bisher weder auf Bundes- noch auf Landesebene erlassen worden.

Die Entscheidung über den Einsatz von Open Source Software hat vergaberechtskonform im Rahmen der Angebotsbewertung zu fallen. Der Zuschlag ist stets auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, wobei das wirtschaftlichste Angebot nicht zwangsläufig das preislich günstigste Angebot sein muss. Eine nachhaltige und sparsame Verwendung der öffentlichen Haushaltsmittel gebietet hier eine langfristige Wirtschaftlichkeitsbetrachtung. Eine grundsätzliche Wirtschaftlichkeitsaussage zugunsten von Open Source Software oder proprietärer Software kann dabei nicht getroffen werden. An einer einzelfallbezogenen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung führt daher kein Weg vorbei.

*Christian Schmoll ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Römermann Rechtsanwälte, Hannover. Er ist spezialisiert auf Vergaberecht und Public Private Partnerships und promoviert im Bereich IT-Vergaberecht an der Universität Passau.*