Zürich, 7. August 2021

EinschreibenBundesverwaltungsgericht
Abteilung II
Postfach

9023 St. Gallen

Viktor Györffy
Rechtsanwalt
Beethovenstrasse 47
8002 Zürich
Telefon 044 240 20 55
Telefax 043 500 55 71
gyoerffy@psg-law.ch
www.psg-law.ch

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

Verein Digitale Gesellschaft, 4000 Basel

Beschwerdeführerin 1

Beschwerdeführerin 2

vertreten durch den unterzeichnenden Rechtsanwalt

gegen

Projekt Justitia 4.0,

c/o HIS Harmonisierung der Informatik in der Strafjustiz, KKJPD, Speichergasse 6, Postfach, 3001 Bern

Beschwerdegegner

Erhebe ich hiermit

Beschwerde

Mitglied der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS). Eingetragen im Anwaltsregister

Anträgen:

- 1. Die angefochtene Ausschreibung vom 21. Juli 2021 auf simap.ch sei als nichtig zu erklären.
- 2. Eventualiter sei die angefochtene Ausschreibung vom 21. Juli 2021 auf simap.ch aufzuheben.
- 3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Beschwerdegegners bzw. des Staates.

I. Formelles

- 1. Der unterzeichnende Rechtsanwalt ist zur Vertretung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 gehörig bevollmächtigt. Zur Zeit ist eine Mutation beim zuständigen Handelsregisteramt auf Abänderung der Zeichnungsberechtigung hängig. Der abgeänderte Handelsregisterauszug wird nachgereicht, sobald der Eintrag vorgenommen wurde. Die Kopien der entsprechenden Vollmachten, die Einzelzeichnungsberechtigung des Vereins, das Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 4. August 2021 und die Annahmeerklärung vom 3. August 2021 der liegen der Beschwerde bei (s. Beilage 1).
- Die Ausschreibung ist auf den 21. Juli 2021 datiert (s. Beilage 2). Die Beschwerde erfolgt damit gemäss Art. 56 Abs. 1 BöB innert Frist.
- Gemäss Art. 53 Abs. 1 lit. a BöB i.V.m. Art. 44 VwVG und Art. 31 VGG ist die Ausschreibung zulässiges Beschwerdeobjekt. Vorliegend angefochten wird die Ausschreibung vom 21. Juli 2021 auf der Internetplattform für öffentliche Beschaffungen simap.ch (SIMAP-Meldungsnummer 1182101, SIMAP-Projekt-ID 217040). Damit liegt ein zulässiges Beschwerdeobjekt vor (s. Beilage 2).
- 4. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist betreffend Dienstleistungen zulässig, wenn der ab dem für das Einladungsverfahren massgebende Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 BöB erreicht ist. Der Schwellenwert richtet sich nach dem Auftragswert gemäss Art. 15 BöB bzw. nach dem (hinreichend sorgfältig) geschätzten Wert des Gesamtauftrages. Dieser Wert wird aus der Ausschreibung nicht ersichtlich. Im Erläuternden Bericht zum Vorentwurf des BEKJ werden die Kosten für den Aufbau der Plattform, ihre Einführung

sowie den Betrieb auf insgesamt rund CHF 50 Mio. geschätzt. CHF 8.5 Mio. davon fliessen in die Projektkosten. Ein derart hoch komplexes und zeitintensives IT-Projekt übertrifft die Schwellenwerte für Dienstleistungen, in Anhang 4 Ziff. 2 aufgeführt, bei weitem (s. Beilage 3, Ziff. 2.2.2.1).

5. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung nach Art. 54 Abs. 2 BöB zu erteilen. Die aufschiebende Wirkung ist zu gewähren, wenn die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet ist und die Interessen der Beschwerdeführenden die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin bezüglich der Vermeidung von Verzögerungen und allfälliger Mehrkosten überwiegen (BVGE 2007/13 und Zwischenentscheid des BVGer B-3237/2020 vom 5. August 2020). Die Beschwerde darf sich nicht prima facie als offensichtlich unbegründet erweisen (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 und Zwischenentscheid des BVGer B-3237/2020 vom 5. August 2020 E. 4).

Steht die Nichtigkeit bzw. schwerwiegende Mängel einer angefochtenen Ausschreibung in Frage, ist die aufschiebende Wirkung nur schon aufgrund der Rechtssicherheit zu gewähren. Das Beschaffungsverfahren wäre mit gravierenden Mängeln behaftet, würde die aufschiebende Wirkung nicht gewährt.

Wenn Anbieterinnen einen Teilnahmeantrag für eine nichtige bzw. mangelhafte Ausschreibung einreichen, riskieren sie, dass der dafür geleistete Aufwand vergeblich war, da sich die Nichtigkeit nachträglich ergibt bzw. der Auftrag aufgrund der Mängel nicht ausgeführt werden kann oder der allfällig nachfolgende Beschaffungsvertrag aufgrund Leistungsstörungen nichtig ist. Damit verbunden sind hohe Kosten.

Wenn eine Anbieterin aufgrund der Nichtigkeit bzw. der Mängel in der Ausschreibung auf einen Teilnahmeantrag verzichtet, erhält eine andere Anbieterin den Auftrag, obschon erstere an sich an der Ausführung des Auftrags interessiert ist und den Auftrag ausführen kann. In beiden Fällen ist mit hohen finanziellen Einbussen zu rechnen. Um dieses Dilemma aufzulösen und die Interessen der Anbieterin, einen Teilnahmeantrag für die Ausschreibung einreichen und bei einem Zuschlag den Auftrag ohne weitere Ungewissheiten und Risiken ausführen zu können, ist es notwendig, vorab festzustellen, ob die Ausschreibung nichtig ist bzw. aufgrund der bestehenden Mängel aufgehoben werden muss, und der Zuschlag erst nach einer wirksamen, mängelfreien Ausschreibung zu vergeben ist. Nur so wird ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet.

Es besteht weiter keine zeitliche und sachliche Dringlichkeit, da der Gesetzgebungsprozess für das neue Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) noch läuft und das Gesetz voraussichtlich erst 2025 bzw. 2026 in Kraft treten wird. Bis dahin existiert ohnehin keine gesetzliche Grundlage, die das Projekt Justitia

demokratisch legitimiert und massgebliche Details zu dieser Plattform und damit zu dem zu vergebenden Auftrag definitiv festlegt.

Das Risiko von allfälligen Mehrkosten seitens der Auftraggeberin bestünde weniger bei einer Verzögerung des Ausschreibungsprozesses und damit einer Sicherstellung einer rechtsgültigen Ausschreibung. Vielmehr entstehen Mehrkosten, wenn das Projekt auf einer Basis einer nichtigen bzw. mangelhaften Ausschreibung lanciert wird und vor dem Abschluss des Gesetzgebungsprozesses des BEKJ realisiert wird. Die absehbar mit dem Erlass des Gesetzes einhergehenden voraussichtlichen Anpassungen und Änderungen bergen ein immenses Kostenrisiko. Denn ungeachtet des jetzt ausgeschriebenen Auftrags liegt es in der Kompetenz des Gesetzgebers, zu entscheiden, ob der Vorschlag einer zentralen Plattform gemäss VE-BEKJ weiterverfolgt werden soll und, sollte dies der Fall sein, die Eigenschaften der zu erstellenden Plattform für die elektronische Kommunikation gesetzlich zu definieren und damit die wesentlichen Details des Projektes vorzugeben.

Überwiegend öffentliche Interessen stehen der aufschiebenden Wirkung damit nicht entgegen, und es besteht weder in zeitlicher noch sachlicher Hinsicht Dringlichkeit. Weiter erweist sich die Beschwerde nicht prima facie als offensichtlich unbegründet. Die aufschiebende Wirkung nach Art. 54 Abs. 2 BöB ist demzufolge zu erteilen.

- 6. Als Verein nach Art. 60 ff. ZGB bzw. sind die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 partei- bzw. prozessfähig i.S.v. Art. 6 VwVG (s. Beilage 1).
- 7. Zur Beschwerde legitimiert sind Anbieterinnen i.S.v. Art. 3 lit. a i.V.m Art. 6 BöB, die nach Art. 48 Abs. 1 lit. a bis c. VwVG durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse haben. Bei der Anfechtung einer Ausschreibung kommt dem Erfordernis der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 2 lit. a VwVG keine Bedeutung zu, da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert (vgl. Urteil des BVGer B-1982/2008 vom 17. Juli 2008 E. 1.3.1; Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 2). Das besondere Berührtsein verlangt eine hinreichende Beziehungsnähe zur Streitsache. Als schutzwürdige Interessen gelten nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche bzw. praktische Interessen. Die Beschwerdeführerin muss durch den angefochtenen Entscheid stärker als alle anderen betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen (BGE 131 II 361 E. 1.2 und BVGE 2009/17 vom 13. Februar 2009 E. 3.1). Gefordert wird ein unmittelbares, eigenes und persönliches Interesse (Urteil des BVGer B-6113/2007 vom 5. März 2008 E. 3.4). Zur Anfechtung von Ausschreibungen sind grundsätzlich die potenziellen Anbieterinnen der in Frage stehenden Leistung berechtigt, da (nur) sie ein Interesse am späteren Zuschlag haben (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 3.2; Urteil des BGer 2P.157/2001

vom 8. September 2001 E. 1b). Weiter wird ein aktuelles und praktisches Interesse verlangt.

- 8. Sollte die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung nicht von Amtes wegen festgestellt werden, ergibt sich die Beschwerdelegitimation des Vereins Digitale Gesellschaft (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) aus seinem unmittelbaren, eigenen und persönlichen Interesse an der Aufhebung der Ausschreibung (vgl. Urteil des BVGer B-6113/2007 vom 5. März 2008 E. 3.4; Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 3.1). Nebst den zur Beschwerde legitimierten potenziellen Anbieterinnen kann die Legitimation in gewissen Fällen ausgeweitet werden (vgl. Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 3.3 ff. mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin 1 setzt sich aktiv für Datenschutz und Grundrechte in einer digital vernetzten Welt ein. Da die angefochtene Ausschreibung in politische Rechte beziehungsweise in grundlegende Rechtsstaatprinzipien eingreift und das Projekt Justitia 4.0 Auswirkungen auf alle am Rechtsverkehr Teilnehmenden und ihre Daten bzw. den Schutz ihrer Daten haben wird, sind eigene und schutzwürdige Interessen ausgewiesen (s. Ziff. II.8 ff.).
- 9. Die die das Betreiben von Forschung, Entwicklung und dem globalen Vertrieb von Technologielösungen in Hardware und Software, sowie die Übernahme und Abwicklung von technischen und betriebswirtschaftlichen Beratungsaufträgen und Dienstleistungen aller Art in diesem Zusammenhang im In- und Ausland für Unternehmen, Einrichtungen und anderen Organisationen in Wirtschaft und Verwaltung bezweckt. Sie gilt daher als Anbieterin i.S.v. Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BöB. Als Anbieterin ist sie von der vorliegenden Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht besonders betroffen.
- 10. Die Beschwerdeführerin 2 würde einen Teilnahmeantrag auf diese Ausschreibung einreichen wollen, vorausgesetzt, die Ausschreibung wäre rechtswirksam und mängelfrei und hätte somit rechtlich Bestand. Als potenzielle Anbieterin hat sie somit ein schutzwürdiges Interesse daran, dass der Ausschreibungsprozess korrekt und fehlerfrei abläuft. Die Beschwerdeführerin 2 geht einerseits ein Risiko ein, wenn sich für die Ausschreibung des Projektes 4.0 bewirbt, wenn diese nichtig bzw. mangelhaft ist, denn daraus entstehen ihr Kosten und sie verschwendet wichtige Ressourcen. Zudem hätte ein allfälliger geschlossener Beschaffungsvertrag aufgrund der bestehenden Leistungsstörungen die Nichtigkeit zur Folge bzw. wäre ungültig, da er ohne gültige Ausschreibung und entgegen den Regeln des Beschaffungswesens geschlossen wurde. Andererseits besteht für sie das Risiko, wenn sie sich nicht bewirbt, dass sich andere Anbieterinnen bewerben und sie somit leer ausgeht. Damit besteht eine hinreichende Beziehungsnähe zur Streitsache. Die Beschwerdeführerin ist durch die Ausschreibung besonders berührt und sie hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung.

11. Der gerügte Nachteil für die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 besteht im Urteilszeitpunkt noch und der Nachteil kann durch erfolgreiche Beschwerdeführung beseitigt werden, da eine nichtige bzw. mangelhafte Ausschreibung unwirksam wäre. Vorliegend ist sowohl ein aktuelles als auch praktisches Interesse gegeben.

II. Materielles

1. Eine Ausschreibung ist eine Verfügung nach Art. 53 Abs. 1 lit. a BöB. Eine Verfügung ist nichtig bzw. absolut unwirksam, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Nichtigkeitsgründe sind insbesondere funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler (Urteil 9C_923/2015 Urteil vom 9. Mai 2016 E. 4.1.2; BGE 139 II 243 E. 11.2; BGE 132 II 21 E. 3.1).

Die angefochtene Ausschreibung weist gemäss SIMAP-Publikation als Beschaffungsstelle/Organisator und als Bedarfsstelle/Vergabestelle das «Projekt Justitia 4.0 c/o HIS Harmonisierung der Informatik in der Strafjustiz, KKJPD» aus. Die c/o Adresse ist hier als Zustellhinweis bzw. Rechtsdomizilhinweis zu verstehen. Die Ausschreibungsverfügung wurde also nicht vom Verein KKJPD, sondern vom Projekt Justitia 4.0 erlassen. Das Projekt Justitia 4.0 verfügt aber nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Es ist allenfalls als einfache Gesellschaft der beteiligten Institutionen bzw. der Trägerschaft zu subsumieren. Als einfache Gesellschaft besitzt das Projekt Justitia Rechtspersönlichkeit und kann daher im Verkehr mit Dritten weder selbständig auftreten noch Träger eigener Rechte und Pflichten sein. Auch ist eine solche einfache Gesellschaft nicht zum Erlass von Verfügungen im des öffentlichen Beschaffungswesen befugt. Da dem Beschwerdegegner die Befugnis zum Erlass von Verfügungen fehlt, erweist sich die Ausschreibungs-Verfügung als nichtig. Der Beschwerdegegner scheint demgegenüber offenbar im Glauben zu sein, dass die Rechtspersönlichkeit des Projektes Justitia 4.0 sich künftig rückwirkend einstellen werde, heisst es doch im Pflichtenheft zu Los 1 und Los 2, das eine Beilage zur angefochtenen Verfügung darstellt, zur Erläuterung des Begriffs «Bedarfsstelle bzw. Beschaffungsstelle»: «Bezeichnet im Rahmen dieser Ausschreibung das Projekt Justitia 4.0, und nach Überführung des Projekts in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft dieselbige [...]». (s. Beilage 4, S. 3) Die allenfalls durch das BEKJ ex lege zu schaffende öffentlich-rechtliche Körperschaft wäre in der Tat befugt, die Plattform Justitia. Swiss auszuschreiben. Diese Befugnis zu schaffen, ist eines der Ziele des Gesetzgebungsvorhaben des BEKJ. Aus der Tatsache, dass der Bundesgesetzgeber eventuell in einigen Jahren eine gesetzliche Grundlage für die ex lege-Gründung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft schafft,

lässt sich für die angefochtene Ausschreibung aber keine Vorwirkung bzw. nachträgliche Rückwirkung ableiten.

Anzufügen ist, dass auch das Governance-Dokument des Projekts Justitia 4.0 das Projekt selbst gerade nicht als Beschaffungsstelle versteht, heisst es dort (s. Beilage 5, S. 6): «Die Aufgaben und Kompetenzen der Konferenz: Trägerorganisationen Justizkonferenz (grosse Obergerichtspräsidenten unter dem Präsidium des Präsidenten des Bundesgerichts: sowie kleine Konferenz der Leiter Gerichtsverwaltungen, in der Regel Generalsekretären, unter dem Präsidium des Generalsekretärs des Bundesgerichts), Jahresversammlung der Gericht, die den Zusammenarbeitsvertrag mit dem Bundesgericht unterzeichnet haben sowie KKJPD resp. Organen des HIS-Programms werden hier nicht näher umschrieben. Es handelt sich um die Organe, die die politische Verantwortung für das Projekt tragen und als Auftraggeber auftreten. Sie genehmigen gemeinsam den Projektauftrag, inklusive Governance, das jährliche Budget sowie die Jahresrechnung und werden regelmässig über die Projektfortschritte und mit dem Bericht des externen Kontrollorgans informiert. Die Kompetenzen für die Beschaffung richten sich nach den internen Regeln der beschaffenden Organisation, insbesondere was die Finanzkompetenzen und die Unterschriftenregelung betrifft. Die Führung der Buchhaltung wird separat geregelt.»

Eine Ausschreibung nach BöB setzt zudem eine Auftraggeberin nach Art. 4 BöB voraus. Das BöB ist nur anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 Abs. 1 BöB; BVGer B-6834/2018 vom 11. Juni 2019 E. 2 und 2.1). Vorliegend wurde auf simap.ch das «Projekt Justitia 4.0» mit der angefügten c/o-Anschrift der HIS Harmonisierung der Informatik in der Strafjustiz, KKJPD als Auftraggeberin angegeben. Sollte das Bundesverwaltungsgerichts wider Erwarten zum Schluss kommen, das Projekt Justitia 4.0 verfüge über eine eigene Rechtspersönlichkeit, so ist festzuhalten, dass das Projekt jedenfalls nicht als öffentliches oder privates Unternehmen, das öffentliche Dienstleistungen erbringt i.S.v. Art. 4 Abs. 2 BöB, zu qualifizieren ist. Weiter ist das Projekt auch keine Drittperson gemäss Art. 4 Abs. 4 BöB, da «Person» Handlungsfähigkeit impliziert. Zudem ist es keine Einrichtung des öffentlichen Rechts, Rechtspersönlichkeit vorausgesetzt wird (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Art. 4, N 15 f.). Das «Projekt Justitia 4.0» fällt damit unter keine der in Art. 4 BöB aufgelisteten Kategorien. Es ist nicht als Vergabestelle gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a-d BöB zu qualifizieren.

2. Der Ausschreibung fehlt damit eine zum Erlass von (Ausschreibungs)Verfügungen befugte Auftraggeberin. Für die Beschwerdeführerinnen
und allfällig weitere Anbieterinnen führt dieser Umstand, dass keine
rechtsgültige Auftraggeberin vorliegt zu schwerwiegenden Konsequenzen
und grosser Rechtsunsicherheit. Die Ausschreibung ist mit
schwerwiegenden Mängeln behaftet und daher nichtig.

- 3. Sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Ausschreibung nicht durch das Projekt Justitia 4.0. sondern durch die KKJPD erfolgt ist, ist festzuhalten: die öffentlich verfügbaren Informationen zum Projekt Justitia 4.0 zeichnen folgendes Bild über die Trägerschaft des Projektes: Im Projektauftrag für Justitia 4.0 (s. Beilage 6, S. 8) ist die Projektträgerschaft wie folgt umschrieben: «Justizkonferenz und KKJPD sind die Träger und Auftraggeber des Projekts.» Die Justizkonferenz verfügt jedoch nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit. In der Governance Justitia 4.0 wird Justitia 4.0 als «gemeinsames Vorhaben der Gerichte und Strafverfolgungsbehörden, vertreten durch das Projekt HIS bezeichnet, wobei die Träger für Justitia 4.0 die Justizkonferenz und die KKJPD sind.» (s. Beilage 5, S. 3). Die KKJPD Zusammenschluss der Justizkantonalen Polizeidirektorinnen und -direktoren ist als Verein nach Art. 60 ff. ZGB organisiert. Die Trägerschaft und Auftraggebenden KKJPD und Justizkonferenz bilden zusammen bestenfalls eine einfache Gesellschaft und sind daher ebenfalls nicht befugt, Verfügungen zu erlassen. Das KKJPD kann ebenfalls keine eigenständige Beschaffungs- bzw. Vergabestelle sein, da die gemeinsame Beschaffung von Kantonen nicht vorgesehen ist. Demgemäss wurde 2020 eine entsprechende öffentlichrechtliche Anstalt bzw. Körperschaft zum Zwecke von Beschaffungen gegründet (s. Beilage 7). Auch die HIS kann keine Verfügung erlassen, wird die Aufgabe der HIS wie folgt bezeichnet: «HIS wird durch eine Vereinbarung zwischen den Kantonen und einigen Bundesstellen getragen. Die Vereinbarung wurde am 12. November 2015 gutgeheissen. Die Trägerschaft entscheidet über die politische Ausrichtung und stellt die Finanzierung sicher.» (s. Beilage 8).
- 4. Falls das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, dass die KKJPD ohne die Justizkonferenz befugt wäre, die Ausschreibung vorzunehmen, sei folgendes bemerkt: Beteiligen sich mehrere dem Bundesrecht und kantonalem Recht unterstellte Auftraggeberinnen an einer Beschaffung, so ist das Recht des Gemeinwesens anwendbar, dessen Auftraggeberin den grössten Teil an der Finanzierung trägt. Gemäss Botschaft entscheidet sich die Auftraggeberin nach Massgabe der Finanzierung (Art. 5 BöB). Wenn Auftraggeberinnen einer gemeinsamen Beschaffung sowohl Bund als auch Kantone sind, kommt das Bundesrecht dann zur Anwendung, wenn die dem Bundesrecht unterstellten Auftraggeberinnen den finanziellen Hauptteil der Beschaffungskosten aufbringen. Wird die Beschaffung mehrheitlich mit kantonalen Geldern finanziert, ist kantonales Recht anwendbar (vgl. SR 17.019, S. 1891). Sowohl aus der Governance Justitia 4.0, wie auch aus dem Jahresbericht 2020 Justitia 4.0 ist ersichtlich, dass das Projekt von der KKJPD und den Gerichten je zur Hälfte finanziert wird. Das Bundesgericht trägt 50% der von den Gerichten getragenen Kosten. Steuert also 25% der Gesamtkosten bei (s. Beilage 3, Ziff. 2.2.2.2). Die Mehrheit der Kosten trägt somit nicht der Bund, sondern die Kantone.

Wäre die KKJPD Auftraggeberin würde somit nicht das BöB sondern die IVöB zur Anwendung gelangen.

Dies wurde in der Vergangenheit auch so praktiziert: Am 20. Juli 2020 wurde das Projekt «PoC eAktenverzeichnis/ePagina (Proof-of-concept, Prototyp)» auf simap.ch veröffentlicht. Als Auftraggeberin aufgeführt wurde die KKJPD/HIS-Programm. Die Ausschreibung wurde folglich nach kantonalem Recht des Kantons Bern durchgeführt (s. Beilage 9).

- 5. Weiter fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die vorliegende Beschaffung.
- 6. Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 49 lit. a VwVG. Bundesrecht umfasst auch Grundprinzipien und Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 363 ff.; TSCHANNEN/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 119 ff.; SCHINDLER, Kommentar zum VwVG, Art. 49, N 25; Urteil vom BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 6.1). Das Legalitätsprinzip in Art. 5 Abs. 1 BV besagt, dass das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist. Staatliches Handeln muss sich auf eine Rechtsgrundlage stützen und darf rechtliche Schranken nicht überschreiten, damit verwirklicht Art. 5 Abs. 1 BV für Bund und Kantone den Rechtsstaat im formellen Sinne (vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar, Art. 5 BV, N 5). Jede Verwaltungstätigkeit bedarf grundsätzlich einer Rechtsgrundlage. Art. 5 Abs. 1 BV gibt aber noch keine Auskunft über die erforderliche Normstufe. Beschaffungen gehören zur Bedarfsverwaltung, für die teils Ausnahmen gemacht werden. Gemäss HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN ist eine explizite Rechtsgrundlage selbst auf Verordnungsstufe entbehrlich, da Normen, die eine Staatsaufgabe regeln, hinreichende Rechtsgrundlagen. für die zur Wahrnehmung der Aufgabe erforderliche administrative Hilfstätigkeit dienen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, §7, N 425; Zwischenentscheid vom 20. Oktober 2008 E. 4.2.2; Urteil vom BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 6.2.2).

Bei rein administrativen Hilfstätigkeiten mag die Anforderung an die gesetzliche Grundlage zwar durchaus niedriger sein, im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um eine grundlegende Neugestaltung der elektronischen Kommunikation mit Gerichten, die zur Folge hat, dass die bisherigen privat erbrachten Dienstleistungen der anerkannten Zustellplattformen neu vollständig durch die Plattform Justitia. Swiss erbracht werden. Davon betroffen sind nicht nur Verwaltungsbehörden, sondern sämtliche Teilnehmerinnen und Teilnehmer dieses Systems, wie Verfahrensparteien, Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter, etc. Die Daten, welche durch die Digitalisierung in Massen bearbeitet werden, sind ausserdem besonders sensibel und schützenswert. Der Ausbau eines solchen Systems erfordert eine hohe demokratischen Legitimation. Damit ist auch erwiesen, dass erhöhte Anforderungen an die gesetzliche

Grundlage einer Ausschreibung betreffend Ausbau, Struktur und Gestaltung eines solchen Systems gestellt werden müssen.

Das derzeit im Vorentwurf vorliegende BEKJ stellt die gesetzliche Grundlage für den Bau der Plattform Justitia. Swiss dar, die Gegenstand der angefochtenen Ausschreibung ist: «Indem der Bund zusammen mit den Kantonen eine Körperschaft gründet, deren Aufgabe es ist, eine Plattform aufzubauen und zu betreiben für die elektronische Kommunikation in der Justiz, kommt er seiner Aufgabe gemäss Art. 92 BV nach.» (s. Beilage 3, S. 9). Das BEKJ, sollte es zukünftig in der Form des Vorentwurfes in Kraft treten, würde es nicht nur die gesetzliche Grundlage für die e-Kommunikation mit den Gerichten bilden, sondern i.S.v. Art. 1 Abs. 2 VE-BEKJ auch «den Aufbau und Betrieb einer zentralen Plattform für die Übermittlung von elektronischen Dokumenten in der Justiz (E-Justiz-Plattform)» regeln. Dieses Gesetz wird aber wie Vernehmlassungsunterlagen zum VE-BEKJ und der Projektplanung von Justitia 4.0 zu entnehmen sind frühestens im Jahr 2025 bzw. 2026 in Kraft treten. Es kann folglich zum jetzigen Zeitpunkt nicht die gesetzliche Grundlage der vorliegenden Beschaffung sein. Eine Vorwirkung kommt nur in Betracht, wenn ein Erlass unter Vorbehalt seines späteren Inkrafttretens angewendet wird (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 346 ff.; Urteil vom BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 6.3.5.1).

Das BEKJ, welches die gesetzliche Grundlage für die Plattform darstellt, wird voraussichtlich erst im Jahr 2025 bzw. 2026 in Kraft treten. Die Ausschreibung kann sich demnach lediglich auf den Vorentwurf des BEKJ abstützen. Ob das BEKJ je erlassen wird und wie weit dieses dann mit dem Vorentwurf übereinstimmt, ist noch völlig offen. Es liegt in der Kompetenz des Bundesgesetzgebers, entweder das BEKJ gemäss dem Vorentwurf zu verabschieden, ein Gesetz zur Plattform für die elektronische Kommunikation zu verabschieden, oder aber ein Gesetz zur elektronischen Kommunikation mit Gerichten zu verabschieden, welches wesentlich vom Vorentwurf des BEKJ abweicht. Der Bundesgesetzgeber hätte auch die Kompetenz, (noch) kein entsprechendes Gesetz zu schaffen.

- 7. Die vorliegende Beschaffung beeinträchtigt weiter die politischen Rechte.
- 8. Die Ausschreibung, die mit detaillierten Grobanforderungen einhergeht, schränkt die politischen Rechte in dem Sinne ein, als sie den Gestaltungsspielraum, welche dem Parlament beim Erlass der gesetzlichen Grundlage der Plattform für die elektronische Kommunikation zukommt, massgeblich einschränkt.
- Diese Bedenken waren bereits Gegenstand eines parlamentarischen Vorstosses (21.7201, Fragestunde, Vernehmlassung Plattform Justitia versus WTO-Ausschreibung). Die von Nationalrat Jörg Mäder eingereichten Fragen:

«Gemäss www.justitia40.ch und Informationen vom 17.2. erfolgt die WTO-Ausschreibung der Justitia.Swiss-Plattform 2021, während die gesetzliche Grundlage (BEKJ) 2025 in Kraft tritt.

- Wie beurteilt der Bundesrat dieses Vorgehen?
- Wie kann sichergestellt werden, dass die Plattform dem finalen BEKJ entsprechen und nicht die Diskussion zum Gesetz massgebend beschränkt?
- Kann der Bund sicherstellen, dass das Kriterium «Open Source» ausreichend Gewicht erhält?»

wurden vom Bundesrat am 8. März 2021 wie folgt beantwortet:

«Grundsätzlich liegt die Organisation der Justiz in der Kompetenz der Kantone und der einzelnen Gerichtsbehörden. Justitia ist 4.0 Gemeinschaftsprojekt der Kantone (vertreten durch die KKJPD) und der Justizkonferenz, in welcher unter dem Vorsitz des Bundesgerichts die kantonalen Obergerichte vertreten sind. Bei der Umsetzung des Projekts ist der Bund lediglich am Rand beteiligt und für die Rahmengesetzgebung zuständig. Es ist klar, dass die Plattform Justitia. Swiss alle im Bundesgesetz über Plattform für die elektronische die Kommunikation in der Justiz (BEKJ) enthaltenen Vorgaben einhalten muss. Da Pilotbetriebe möglich sind, können aber bereits heute einzelne Teile ausgeschrieben und beschafft werden. Dies liegt in der Kompetenz und im Risiko der Projektorganisation. Sie muss allenfalls später Anpassungen vornehmen, um den Anforderungen des BEKJ zu genügen. Das im Projekt gewählte agile Vorgehen erlaubt dies jederzeit. Der Entwurf des BEKJ ist technologieneutral ausgestaltet. Open Source wie auch proprietäre Lösungen sind gleichermassen möglich. Eignungskriterien der WTO-Ausschreibung werden explizit Erfahrung mit Open Source verlangen.»

Die Antwort des Bundesrates beantwortet die Frage, ob sichergestellt werden kann, dass die Plattform dem finalen BEKJ entsprechen und nicht die Diskussion zum Gesetz massgebend einschränkt, nicht. Der Bundesrat führt lediglich aus, dass das Projekt das zukünftige, erst noch in Kraft tretende, Gesetz einhalten und allfällige Anpassungen vorbehalten bleiben. Dabei hat der Bundesrat nicht ausdrücklich bestätigt, dass das Projekt und die Ausschreibung keinen Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess haben werden. Das wäre sachlich auch gar nicht möglich. Zudem ist die am 21. Juli 2021 vorgenommene Ausschreibung

kein «Pilotbetrieb» und betrifft nicht nur «einzelne Teile», sondern hat den Bau und Betrieb der gesamten Plattform zum Inhalt. Damit werden mit einem allfälligen Zuschlag zahlreiche Pfadabhängigkeiten geschaffen.

Der vorgezogene Aufbau der Plattform Justitia. Swiss durch das Projekt Justitia 4.0 schränkt den Gestaltungsspielraum des Parlaments insbesondere in folgender Hinsicht ein:

- Mit der Zuschlagserteilung wird die Frage, ob eine zentrale Datenbank bzw. Plattform oder eine dezentrale Digitalisierung der Justiz oder aber ein Beibehalt des Status quo favorisiert wird, bereits beantwortet.
- ii. Wird der Zuschlag an Anbieter vergeben, die keine offenen Lizenzen verwenden und auch die zur Software gehörende Dokumentation nicht unter «public domain» publiziert, kann das Parlament das Prinzip «public money, public code» nicht mehr oder nur mit enormen finanziellen Folgen nachträglich im Gesetz verankern.
- iii. Die Grundlagen der IT-Architektur der Plattform mit Auswirkung auf die Datensparsamkeit, den Datenschutz und den Informationsschutz werden mit der vorzeitigen Beschaffung zementiert und können nachträglich nur mit grossem finanziellem Aufwand korrigiert werden.
- iv. Die zeitlich vorgelagerte Beschaffung nimmt die Aufhebung des Signaturerfordernisses für Eingaben an Gerichte (internationale Auswirkungen) vorweg.

Die mit einem ergebnisoffenen Gesetzgebungsprozess verbundenen Unwägbarkeiten sprechen klar gegen eine Vorwirkung des VE-BEKJ auf die vorliegende Beschaffung. Sie verletzen zudem die politischen Rechte der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger, welchen das Recht zukommt, in einem allfälligen Referendum darüber zu entscheiden, ob ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz für eine Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz in Kraft tritt oder nicht, indem durch einen Zuschlag Fakten geschaffen werden, die auch im Gesetzgebungsprozess nicht oder nur mit erheblichen Mehrkosten rückgängig gemacht werden können.

Die Schwierigkeit, Grobanforderungen bzw. Spezifikationen auf eine sich im Gesetzgebungsprozess befindliche gesetzliche Grundlage, ein moving target sozusagen, abzustimmen, zeigt sich bereits heute exemplarisch: Der VE BEKJ in Art. 26 Abs. 1 (Datenschutz) sieht folgende Regelung vor: «Die Daten auf der E-Justiz-Plattform sind nach schweizerischem Recht in der Schweiz zu halten und zu bearbeiten. Beigezogene Dritte, die Zugang zu

den Daten erhalten, müssen schweizerischem Recht unterstehen und ihren Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz haben.» Demgegenüber wird in der angefochtenen Ausschreibung der Grundsatz der Datenbearbeitung (die nicht nur die Bearbeitung von Personendaten betrifft) in der Schweiz bereits aushebelt (s. Beilage 10, EKA-L1-03): «Datenhaltung und -bearbeitung für den Support: Die Anbieterin bestätigt, dass alle Daten, welche im Zusammenhang mit der Erbringung von Supportleistungen bearbeitet werden, sich in der Schweiz befinden. Falls im Zusammenhang mit dem Support Daten im Ausland bearbeitet werden, müssen diese anonymisiert werden.»

- 10. Während sich der Pilotbetrieb der Plattform «Justitia.Swiss» auf das VeÜ-ZSSV abstützen soll, stellt das VeÜ-ZSSV keine (ausreichende) gesetzliche Grundlage für die Ausschreibung bzw. den Aufbau einer neuen zentralen Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr dar (s. **Beilage 11**).
- 11. Es besteht mithin vorliegend keine gesetzliche Grundlage für die Beschaffung und die Ausschreibung führt auch in dieser Hinsicht zu erheblicher, unzumutbarer Rechtsunsicherheit.
- 12. Würde im Rahmen der angefochtenen Ausschreibung einer Anbieterin der Zuschlag erteilt werden, so drohen im Verlauf der weiteren Abwicklung erhebliche Rechtsunsicherheiten und Leistungsstörungen. Wie dargelegt verfügt das als als Beschaffungsstelle/Organisator Bedarfsstelle/Vergabestelle auftretende Projekt Justitia 4.0 nicht über eine Rechtspersönlichkeit. Als von verschiedenen Institutionen getragenes Projekt verfügt es auch nicht über eine eigene Entscheidkompetenz, sondern ist vielmehr von den Entscheiden der beteiligten Institutionen abhängig. Das Projekt Justitia 4.0 vermag damit nicht zu gewährleisten, dass die im Auftrag enthaltenen Bedingungen und Anforderungen sowie das Pflichtenheft eingehalten werden bzw. Bestand haben und dass die Ausführung des Projekts dem Zuschlag entsprechend entschädigt wird. Wenn die beteiligten Institutionen entscheiden würden, Änderungen an den Spezifikationen der Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz vorzunehmen, so hätte das Projekt Justitia 4.0. dies ungeachtet der mit der Auftragserteilung eingegangenen Verpflichtungen entsprechend umzusetzen und vermag die Einhaltung der eingegangenen Verpflichtungen damit nicht zu gewährleisten. Auch verfügt das Projekt Justitia 4.0 mangels Rechtspersönlichkeit selbst nicht über das Substrat, um den mit der Auftragserteilung verbundenen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, womit der Anbieterin droht, nicht entsprechend dem Zuschlag entschädigt zu werden. Schliesslich ist es offen, ob ein allenfalls beschlossenes und in Kraft getretenes BEKJ mit Spezifikationen der Plattform gemäss der angefochtenen Ausschreibung deckungsgleich sein wird oder ob sich hier Diskrepanzen ergeben werden. Allfällige Diskrepanzen könnten die beteiligten Institutionen zu Projektänderungen bewegen, welche das Projekt Justitia 4.0 gegenüber den Beauftragten durchzusetzen hätte, mit unabsehbaren

Folgen in Bezug auf den Aufwand und die Entschädigung der Beauftragten. Allenfalls würde sich ein erheblicher Mehraufwand für die Anbieterin ergeben, welchen sie in ihrem Angebot nicht kalkulieren kann und bei dem völlig offen ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dieser entschädigt würde. Eine Anbieterin, welche den Zuschlag erhalten will, müsste bereit sein, mit ihrem Teilnahmeantrag das Risiko derartiger Rechtsunsicherheiten und Leistungsstörungen einzugehen. Dies erscheint nicht als zumutbar. Eine Ausschreibung, welche mit derartigen Risiken verbunden ist, ist mit gravierenden Mängeln behaftet, und kann keinen Bestand haben. Die Ausschreibung ist deshalb aufzuheben, soweit sie sich nicht als nichtig erweist.

13. Damit ist die Ausschreibung aufgrund schwerwiegender Mängel als nichtig zu erklären. Sofern das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten nicht zum Schluss kommen sollte, dass die Ausschreibung nichtig ist, so wäre sie aufgrund der dargelegten eklatanten Mängel aufzuheben.

Abschliessend ersuche ich Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Anträge und der aufschiebenden Wirkung.

Mit freundlichen Grüssen

Viktor Györffy

Dreifach

Beilagen gemäss separatem Beilagenverzeichnis.

Beilagenverzeichnis

- 1. Vollmachtskopien
- 2. Angefochtene Ausschreibung vom 21. Juli 2021 in Kopie
- 3. Erläuternder Bericht zum Vorentwurf des BEKJ Seiten 1 bis und mit 10 in Kopie
- 4. Pflichtenheft Seiten 1 bis und mit 5 in Kopie
- 5. Governance des Projekts Justitia 4.0 in Kopie
- 6. Projektauftrag Justitia 4.0 in Kopie
- 7. Medienmitteilung der KKJPD vom 13. November 2020 in Kopie
- 8. Internetauftritt Trägerschaft HIS in Kopie
- 9. Ausschreibung vom 20. Juli 2020 in Kopie
- 10. Anhang 1, Katalog der Teilnahmebedingungen des Loses in Kopie
- 11. Masterplan/Lieferobjekte Justitia 4.0 in Kopie