



|                           |                    |
|---------------------------|--------------------|
| <b>Fall-Nr.:</b>          | B 2016/118         |
| <b>Stelle:</b>            | Verwaltungsgericht |
| <b>Rubrik:</b>            | Verwaltungsgericht |
| <b>Publikationsdatum:</b> | 07.02.2020         |
| <b>Entscheiddatum:</b>    | 15.06.2016         |

### **Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 15.06.2016**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.freihändige Vergabe  
Wartung und Lieferung Update Software Kantonspolizei. Ob die  
Beschwerdeführerin als Anbieterin der nachgefragten Polizeisoftware in  
Frage kommt und somit zur Beschwerde legitimiert ist, kann aufgrund einer  
lediglich summarischen Prüfung nicht beantwortet werden. In materieller  
Hinsicht ist umstritten, ob der Zuschlag – aus technischen Gründen –  
überhaupt im freihändigen Verfahren erteilt werden durfte. Zudem ist zu  
prüfen, ob der Beschaffungsgegenstand so hätte umschrieben werden  
müssen, dass auch eine Ablösung – statt nur eines Updates – des Systems  
der Vergabebehörde in Frage käme. Dies kann im Rahmen der  
summarischen Prüfung nicht ohne Weiteres verneint werden. Die  
Beschwerde erscheint als ausreichend begründet und die der Erteilung der  
aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen sind  
nicht besonders schwerwiegend. Das Gesuch um Erteilung der  
aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen (Präsidentialverfügung  
Verwaltungsgericht, B 2016/118).**

#### **Verfügung vom 15. Juni 2016**

Verfahrensbeteiligte

**Unisys (Schweiz) GmbH**, Zweigniederlassung Bern, Chutzenstrasse 24, Postfach  
1002, 3000 Bern 14,

#### **Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,**

vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Roberto Dallafior und/oder Dr. Martin Rauber, Nater  
Dallafior Rechtsanwälte AG, Hottingerstrasse 21, Postfach, 8032 Zürich,



## St.Galler Gerichte

gegen

**Kantonspolizei St. Gallen**, Support, Klosterhof 12, 9001 St. Gallen,

**Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,**

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Carole Gehrler Cordey und/oder Rechtsanwalt  
lic. iur. Jörg Frei, SwissLegal asg.advocati, Kreuzackerstrasse 9, 9000 St. Gallen,

und

**rola Security Systems AG**, Baslerstrasse 30, 8048 Zürich,

**Beschwerdegegnerin,**

vertreten durch Rechtsanwälte Marco Sulser LL.M. und/oder Dr. iur. Mischa Kissling,  
Klein Rechtsanwälte AG, Beethovenstrasse 7, Postfach 2755, 8022 Zürich,

Gegenstand

**Vergabe Wartung und Lieferung eines Updates für die Software ABI /  
aufschiebende Wirkung**

**Der Präsident stellt fest:**

Gestützt auf den entsprechenden Beschluss der Regierung vom 3. Mai 2016 hat die Kantonspolizei St. Gallen (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 10. Mai 2016 im freihändigen Verfahren den Zuschlag für die Wartung und Lieferung eines Updates für die Software „ABI“ zum Preis von CHF 1'432'537.75 an die rola Security Systems AG (Beschwerdegegnerin) erteilt. Die Unisys (Schweiz) GmbH (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den am 24. Mai 2016 im Amtsblatt und auf simap.ch veröffentlichten Zuschlag mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 1. Juni 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 3. Juni 2016 einstweilen den



## St.Galler Gerichte

Abschluss des Vertrags sowie die Vornahme anderer mit dieser Beschaffung zusammenhängender Vollzugshandlungen.

Die Beschwerdegegnerin stellte in ihrer Eingabe vom 7. Juni 2016 keinen Antrag zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 8. Juni 2016, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei, soweit überhaupt darauf einzutreten sei, abzuweisen. Auf die Ausführungen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin sowie die von der Vorinstanz eingereichten Vergabeakten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Der Präsident erwägt:**

**1.** Der Entscheid über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) in die Zuständigkeit des Präsidenten des Verwaltungsgerichts.

**2.** Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 IVöB kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint (dazu nachfolgend Erwägung 2.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (dazu nachfolgend Erwägung 2.1). Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

**2.1.** Die Gesuchstellerin macht geltend, der aufschiebenden Wirkung stünden keine überwiegenden Interessen entgegen. Namentlich ergäben sich aus der Zuschlagsverfügung keine Hinweise darauf, dass aus zeitlicher Sicht die Notwendigkeit bestehe, den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin unmittelbar nach Ablauf der Beschwerdefrist abzuschliessen.

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der zu vergebende Auftrag dürfe nicht weiter verzögert werden. Die Angelegenheit habe sich bereits durch das frühere Verfahren um zwei Jahre verzögert. „ABI“ bedürfe (im Sinne der polizeilichen systemischen



Betriebsaufrechterhaltung und der mit der mobilen Nutzung von „myABI“ verbundenen Effizienzsteigerung der polizeilichen Arbeitserledigung) der kontinuierlichen Wartung des entsprechenden Updates auf „myABI“. Damit könne unter Umständen eine höhere Festnahmezahl und Aufklärungsquote erzielt werden. Büroarbeit werde zugunsten der Frontarbeit verringert, was sich direkt positiv auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung auswirken werde. Die mobilen Endgeräte seien bereits angeschafft.

Die von der Gesuchsgegnerin eingesetzte Software erlaubt es, den Betrieb jedenfalls im bisherigen Rahmen aufrecht zu erhalten. Insbesondere gilt der Rahmenvertrag zwischen der Gesuchsgegnerin und der Beschwerdegegnerin vom 14. Dezember 2007 mit dem Nachtrag vom 28. März 2012, der unter anderem die Behebung von Fehlern erlaubt, weiterhin (act. 8/16, vertraulich). Die Beschaffung basiert auf einer Lagebeurteilung, wie sie bereits im Herbst 2012 vorgenommen wurde (vgl. act. 2/14). Dieser zeitliche Rahmen deutet nicht auf eine besondere Dringlichkeit des Projekts hin. Dass sich vor allem die Möglichkeit der mobilen Nutzung von „ABI“ auf den Erfolg der Polizeitätigkeit günstig auswirkt, ist eine Vermutung, welche die Gesuchsgegnerin zahlenmässig – beispielsweise mit einem Vergleich mit einem Polizeikorps, welches bereits ein mobiles System einsetzt – nicht belegt. Die Gesuchsgegnerin macht auch nicht geltend, der weitere Einsatz des bisherigen Systems hätte Sicherheitslücken zur Folge. Die Beschaffung mobiler Endgeräte durch die Gesuchsgegnerin stellt einen Investitionsentscheid dar, aus dem nicht allein deshalb, weil er gefällt wurde, bevor Klarheit darüber bestand, welche Software auf ihnen betrieben wird, auf eine besondere Dringlichkeit des Projekts geschlossen werden darf. Dementsprechend sind die öffentlichen Interessen, welche der Gewährung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehen, nicht als besonders schwerwiegend einzustufen.

**2.2.** Die Gesuchsgegnerin erachtet die Beschwerde als nicht ausreichend begründet. Sie macht geltend, die Gesuchstellerin sei nicht zur Erhebung der Beschwerde befugt, weil ihr als Zweigniederlassung die Rechtspersönlichkeit fehle (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1), weil sie die ausgeschriebene Leistung nicht erbringen könne (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2), weil sie nicht über die Rechte an dem von ihr angebotenen „Polis4“, das im Übrigen nicht den Bedürfnissen der Gesuchsgegnerin entspreche, verfüge (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.3). Des Weiteren ist zu prüfen, ob der erteilte Zuschlag dem geplanten Vertrag entspricht (dazu nachfolgend Erwägung



2.2.4). In materieller Hinsicht stellt sich die Frage, ob technische Gründe die Durchführung des freihändigen Verfahrens rechtfertigen (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.5).

**2.2.1.** Da eine Zweigniederlassung zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, jedoch als Vertreterin der juristischen Person handeln kann (vgl. dazu VerwGE B 2015/104 vom 27. Oktober 2015 E. 1 mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)), ist ohne Belang, dass in der Beschwerde als Adresse der Beschwerdeführerin jene ihrer Zweigniederlassung in Bern angegeben wird. Beschwerdeführerin ist die partei- und prozessfähige Unisys (Schweiz) GmbH.

**2.2.2.** Die Gesuchstellerin ist der Auffassung, die der Beschwerdegegnerin zugeschlagene Leistung hätte nicht im freihändigen Verfahren vergeben werden dürfen. Sie macht im Wesentlichen geltend, ABI sei veraltet. Die Arge ABI, in welcher zwanzig Kantone zu einer Einkaufsgemeinschaft zusammengeschlossen seien, habe im Jahr 2014 in einem freihändigen, vergaberechtswidrigen Verfahren die Beschwerdegegnerin mit der Neuentwicklung mit einem Auftragsvolumen von 10,4 Millionen Franken beauftragt. Jetzt würden die neuen Funktionen unter dem Deckmantel von Wartungs- und Supportdienstleistungen beschafft. Für die Vergabesumme von 1,4 Millionen Franken könne bei ihr nicht bloss ein Update sowie Support und Wartung während fünf Jahren, sondern das voll integrierte und mit sämtlichen Funktionen ausgestattete Polis4 samt Einführung sowie Support und Wartung während fünf Jahren eingekauft werden. Die Gesuchsgegnerin macht im Wesentlichen geltend, die Behauptung, das System sei veraltet, treffe nicht zu. Sie wolle als polizeiliches Informationssystem und für die zentrale Datenbewirtschaftung weiterhin das von der Zuschlagsempfängerin angebotene, sehr bewährte System ABI nutzen, mit welchem über zwanzig Polizeikorps täglich arbeiteten und das wie jedes System laufend gewartet und an technische Entwicklungen angepasst werden müsse.

Nach der Rechtsprechung kann mit der Beschwerde gegen einen Zuschlag im freihändigen Verfahren gerügt werden, dieses Verfahren sei zu Unrecht durchgeführt worden (vgl. GVP 1999 Nr. 36 und GVP 2010 Nr. 80). Wird geltend gemacht, das Freihandverfahren sei unzulässigerweise durchgeführt worden, steht die Beschwerdelegitimation nur den potenziellen Anbietern des von der Vergabestelle



definierten Beschaffungsgegenstandes zu (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3 und 3.4). Beruft sich – wie hier – die Vergabestelle für die Zulässigkeit des Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand – Wartung und Lieferung eines Updates für die Software ABI – nur ein Anbieter in Frage komme, und macht die Beschwerdeführerin – wie hier – geltend, der Beschaffungsgegenstand sei – weil die nachgefragte Leistung auf eine Neuentwicklung des veralteten ABI3 ziele – zu Unrecht so definiert worden, dass nur ein Anbieter in Frage komme, so muss beschwerdeweise überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes rechtmässig ist. Legitimiert kann nur sein, wer ein Produkt anbietet, das bei rechtmässiger Ausschreibung Beschaffungsgegenstand sein könnte, nicht aber, wer geltend macht, ein davon verschiedenes Produkt anbieten zu wollen (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.2; im gleichen Sinn BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 1.5 und 2 sowie VerwGer Zürich VB.2014.00215 vom 29. Juli 2014 E. 2.3.2).

Die Gesuchsgegnerin möchte die von ihr seit zehn Jahren zur Erfüllung der polizeilichen Kernaufgaben, insbesondere für die Vorgangsbearbeitung eingesetzte und kontinuierlich den neuen Anforderungen entsprechend angepasste und weiterentwickelte Software „ABI“, die mittlerweile in der Version „ABI3.x“ betrieben wird, an neue Anforderungen anpassen (vgl. act. 8/verg. act. 1 vertraulich). Die Gesuchstellerin bietet dieses Produkt nicht an und ist – selbst wenn sie und einzelne ihrer Mitarbeiter dazu technisch in der Lage sein sollten – nicht befugt, die Software der Beschwerdegegnerin nach den Vorstellungen der Gesuchsgegnerin zu warten und weiterzuentwickeln. Sie kommt deshalb als Anbieterin des Vergabegegenstandes nicht in Frage.

Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob die Gesuchsgegnerin den Beschaffungsgegenstand rechtmässig umschrieben hat. Die Gesuchsgegnerin ist Mitglied der „Arge ABI“, welche am 11. Juli 2014 den Zuschlag für die Migration von „ABI3“ (IT-Lösung für die Vorgangsbearbeitung/Rapportierung sowie weitere Umsysteme und Tools für den Einsatz bei Kantonspolizeien) auf „ABI3+“ zum Preis von 10,4 Millionen Franken an die Beschwerdegegnerin verfügte (act. 2/3). Daraus kann geschlossen werden, dass die bisher eingesetzte Version von „ABI“ nicht allen Anforderungen genüge und erneuert werden sollte. Die erfolgreiche Umsetzung des Projekts bedurfte zwingend einer Erhebung und Konsolidierung der



Systemanforderungen. Ziel sollte die Schaffung eines zukunftsgerichteten und modernen Systems für die polizeiliche Vorgangsbearbeitung, verbunden mit der Vereinheitlichung des Codes und der Möglichkeit, mittels offenen standardisierten Schnittstellen Daten mit anderen Systemen austauschen zu können. „ABI3“ sollte in eine Version mit erweiterten Funktionalitäten und basierend auf neuer Technologie überführt werden. Die „Arge ABI“ strebte und strebt den mobilen Einsatz der Software und damit einen Technologiewechsel an. Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, der Zuschlag, den die „Arge ABI“ der Beschwerdegegnerin im Jahr 2014 erteilt – und der wegen Ablauf der Befristung des Angebotes der Beschwerdegegnerin zu keinem Vertragsabschluss geführt - habe, sei ein Entwicklungsauftrag und damit etwas anders gewesen als der jetzt zugeschlagene Auftrag zur Weiterführung von Wartung und Support. Aus der Sachverhaltsdarstellung im Beschluss der Regierung vom 3. Mai 2016 ergibt sich allerdings, dass die im vorliegenden Verfahren umstrittene – gleichermassen wie bereits die im Jahr 2014 beabsichtigte – Beschaffung eine als „INPOS“ bezeichnete Lösung zum Gegenstand hat. Damit die Kantonspolizei St. Gallen auch in Zukunft über ein zuverlässiges, zeitgemässes und qualitativ ausreichendes Polzeisystem verfügt, muss – wie im Regierungsbeschluss ausgeführt wird – „eine angemessene Folgelösung für die bisher eingesetzte Applikation beschafft werden“ (act. 8/verg. act. 3 vertraulich). Die Beschwerdegegnerin hat die zu beschaffende Branchenlösung mittlerweile auf eigene Kosten entwickelt, welche den Mitgliedern der „Arge ABI“ unter dem neuen Produktnamen „myABI“ angeboten wird. Gemäss Bericht der Gesuchsgegnerin über die freihändige Vergabe in Sachen ABI vom 6. November 2015 wird die im Jahr 2014 vorgesehene Beschaffung im Übrigen als „sanfte Renovation von ABI3“ bezeichnet. Sowohl mit „ABI4“ (vgl. Projektauftrag vom 21. März 2014, act. 2/17) als auch mit „ABI3+“ (vgl. Projektauftrag vom 10. Juni 2014, act. 2/18) beabsichtigt die „Arge ABI“, „das bestehende System ABI um zusätzliche Funktionen zu erweitern und insgesamt technisch zu erneuern“. Mithin bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Gesuchsgegnerin mit dem publizierten Zuschlag vom 10. Mai 2016 jedenfalls hinsichtlich der Funktionalität den gleichen Gegenstand beschaffen will wie über die Zuschlagsverfügung der „Arge ABI“ vom 11. Juli 2014. Das Ziel auch der neuen Beschaffung ist ein zuverlässiges, zeitgemässes und qualitativ ausreichendes Polzeisystem, das auch mobil einsetzbar ist (vgl. insbesondere die



identische Umschreibung der übergeordneten Projektziele in den Ziffern 3 der Projektaufträge vom 21. März 2014 und vom 10. Juni 2014, act. 2/17 und 18).

Aus diesem Umstand allein kann allerdings noch nicht geschlossen werden, die Beschaffung dürfe nicht im freihändigen Verfahren erfolgen. Die von der Gesuchsgegnerin angestrebten Ziele können grundsätzlich sowohl durch die Beschaffung einer neuen – möglicherweise „Polis4“ – als auch durch die Weiterentwicklung einer im Einsatz stehenden Software – „ABI3“ – erreicht werden. Die beiden Wege unterscheiden sich jedoch wesentlich hinsichtlich des Vorgehens und der technischen Anforderungen. Während bei der Beschaffung einer neuen, allenfalls bereits bei anderen kantonalen Polizeikörpern eingesetzten Software, die den Anforderungen beispielsweise hinsichtlich der Funktionen und der Schnittstellen genügt, vor allem Fragen der zuverlässigen Überführung der bestehenden Daten in das neue System aufwirft und weiterreichenden Schulungsbedarf bei den Anwendern nach sich zieht, erfordert die Weiterentwicklung der bestehenden Software mit zusätzlichen Funktionen in erster Linie Programmieraufwand. Ob das Vergaberecht der Gesuchsgegnerin verbietet, die entsprechende Risiko- und Prioritätenabwägung vor der Wahl des Vergabeverfahrens zu treffen, oder aber sie verpflichtet, im offenen Verfahren den Beschaffungsgegenstand so allgemein zu umschreiben, dass auch Anbieter einer anderen, die gleichen Funktionen erfüllenden Software eine Offerte einreichen können, und ihren Präferenzen gegebenenfalls durch die Festlegung und Gewichtung der Zuschlagskriterien Ausdruck zu geben, kann nicht allein aufgrund einer summarischen Prüfung entschieden werden (vgl. dazu auch hinten Erwägung 2.2.5 am Ende).

**2.2.3.** Die Gesuchstellerin bezeichnet sich als Konkurrentin der Beschwerdegegnerin. Sie biete eine Polizeisoftware an, die aktuell unter der Bezeichnung „Polis4“ vertrieben werde. Die Gesuchsgegnerin hält ihr entgegen, es fehle ihr an der Beschwerdelegitimation, weil sie sämtliche Lizenzrechte an „Polis4“ an den Verein „Arge Polis“ abgetreten habe. Sie sei keine potenzielle Anbieterin, sondern auf die „Arge Polis“ angewiesen, mit der zusammen sie eine einfache Gesellschaft bilden müsste, um gemeinsam gegen die Vergabe vorzugehen.



Die Gesuchsgegnerin stützt sich auf ein Schreiben des Kommandos der Kantonspolizei Zürich vom 12. September 2014 an ihren Kommandanten, wonach die Kantonspolizei Zürich sowie die Stadtpolizeien Zürich und Winterthur als Verein „Arge Polis“ von der Beschwerdeführerin sämtliche Rechte an Polis4 übernehmen und andere Korps die Möglichkeit erhalten sollen, dem Verein beizutreten (act. 8/11). In einer Broschüre, in welcher „Polis4“ beworben wird, wird ausgeführt, die Gesuchstellerin werde dem Verein sämtliche Lizenzrechte an „Polis4“ abtreten, aber nach wie vor die Basisrealisierung sowie Weiterentwicklung, Wartung und Support des Programms gewährleisten (act. 8/12). Im Geschäftsbericht 2014 der Kantonspolizei Zürich wird ausgeführt, die Gesuchstellerin habe dem aus der „Arge Polis“ entstandenen Verein „sämtliche Lizenzrechte am Polis-Portfolio abgetreten, gewährleiste[t] aber nach wie vor die Basisrealisierung sowie Weiterentwicklung, Wartung und Support der Applikation Polis4“. Der Verein biete allen schweizerischen Polizeikorps die Mitgliedschaft an (vgl. act. 8/13 Seite 64, vgl. auch act. 8/14). Abtretungsverträge, aus denen die bei der Gesuchstellerin verbliebenen Rechte, sowie Statuten und Reglemente, aus denen die Rolle der Gesuchstellerin im Verein „Arge Polis“ im Detail ersichtlich werden, liegen zurzeit nicht vor. Die genannten Indizien werfen zwar Fragen hinsichtlich der Beschwerdelegitimation der Gesuchstellerin auf, reichen aber auch bei einer lediglich summarischen Prüfung nicht aus, ihr diese Befugnis abzuspprechen. Vielmehr muss ihr im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels zur Hauptsache Gelegenheit gegeben werden, sich zu dieser Sachdarstellung zu äussern.

**2.2.4.** Im Rahmen des Vertragsabschlusses, welcher gestützt auf den Zuschlag erfolgt, dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden, welche dieses Verfahren zu gewährleisten hat, wieder infrage gestellt würde. Im Zeitpunkt des Vergabeentscheides muss den Anbietenden wie der Vergabeinstanz bekannt sein, welchen Inhalt der künftige Vertrag im Fall eines Zuschlags für sie haben wird (vgl. VerwGE B 2015/104 vom 27. Oktober 2015 E. 2.2 mit Hinweis auf Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1089).

Der angefochtene Zuschlag betrifft gemäss der am 23. Mai 2016 publizierten Verfügung neben der Wartung von „ABI“ während fünf Jahren zum Preis von jährlich



CHF 230'296.75 auch die Lieferung eines Updates zum Preis von CHF 281'054 ohne Mehrwertsteuer. Der Vertrag, den die Gesuchsgegnerin mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen gedenkt, sieht im Anhang D unter dem Titel „erweiterte Wartung“ entsprechend der „Roadmap 2016-2018“ die Lieferung des „major release“ „myABI“ gegen eine Gebühr von CHF 843'162, unterteilt in drei jährliche Raten von CHF 281'054, vor. Die publizierte Zuschlagssumme betrifft lediglich die für 2016 fällige Rate. Die Verpflichtung, welche die Gesuchsgegnerin eingehen will, beschlägt aber gemäss Beilage D2 die Lieferung von mindestens drei Updates, nämlich „myABI 1.0“ spätestens am 31. März 2016, „myABI 1.1“ spätestens am 31. März 2017 und „myABI 1.2“ spätestens am 31. März 2018. Die Gesuchsgegnerin hat der Beschwerdegegnerin am 2. Juli 2015 ein entsprechendes Angebot unterbreitet (vgl. act. 8/3 vertraulich). In den Erwägungen zum Beschluss der Regierung vom 3. Mai 2016 wird dazu ausgeführt, die weiteren Aktualisierungen – nach „myABI 1.0“ – seien „angedacht“ und die Gesuchsgegnerin werde dazu im Jahr 2016 einen separaten IT-Projektantrag im Gesamtumfang von CHF 607'076 – was den beiden weiteren Raten von je CHF 281'054 zuzüglich Mehrwertsteuer entspricht – einreichen.

**2.2.5.** In materieller Hinsicht ist umstritten, ob der Zuschlag im freihändigen Verfahren erteilt werden durfte. Die Gesuchsgegnerin beruft sich auf technische Gründe. Im Wesentlichen macht sie geltend, sie wolle den Kern des bisherigen Systems, nämlich die Datenbank, ohne Migration weiterverwenden. Das von der Gesuchstellerin angebotene „Polis4“ käme nur anstelle des Updates von „ABI“ zum Einsatz. Es sei aber technisch schlicht unmöglich, dass sie die Wartungsleistungen für ein anderes System erbringe. Zurzeit würden über 17 teils hoch komplexe Schnittstellen Daten ausgetauscht. Bei einer Kombination von „ABI“ mit einem anderen System müssten Schnittstellen mit hohem Aufwand an Zeit und Geld neu geschaffen oder angepasst werden.

Gemäss Art. 12bis Abs. 1 IVöB können Aufträge im Staatsvertragsbereich wahlweise im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden; in besonderen Fällen gemäss den internationalen Verträgen können sie im freihändigen Verfahren vergeben werden. Gemäss Art. XV Ziffer 1 Ingress und lit. b des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422) müssen die Regeln über das offene und das selektive Verfahren nicht angewendet werden, sofern die freihändige Vergabe nicht mit der Absicht, den grösstmöglichen Wettbewerb zu verhindern, angewendet wird, wenn



bei fehlendem Wettbewerb aus technischen Gründen die Waren oder Dienstleistungen nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können und es keine angemessene Alternative oder keine Ersatzware gibt. Im Sinn dieser Vorgabe lässt Art. 16 Ingress und lit. d VöB unabhängig vom Wert des Auftrags ausnahmsweise eine Vergabe im freihändigen Verfahren zu, wenn – unter anderem – aufgrund technischer Besonderheiten nur ein Anbieter in Frage kommt.

Soweit die Gesuchsgegnerin davon ausgeht, das Angebot der Gesuchstellerin zielt auf eine Integration von „Polis4“ in das im Einsatz stehende „ABI“, beruft sie sich – jedenfalls bei summarischer Prüfung – wohl zu Recht auf technische Gründe im Sinn von Art. 16 Ingress und lit. d VöB. Es erscheint nachvollziehbar, dass ein Update zu „ABI3“ mit den zusätzlichen Funktionen nicht von einem anderen Anbieter als der Beschwerdegegnerin geliefert werden kann, zumal allein ihr die Rechte am Quellcode, der Ausgangslage für die Weiterentwicklung ist, zustehen. Die Gesuchstellerin wirft allerdings die Frage auf, ob die geplanten Erweiterungen von „ABI3“, insbesondere die Entwicklung hin zu einem mobil einsetzbaren System, nicht Anlass dafür bieten muss, auch den Grundsatzentscheid zugunsten der von der Gesuchsgegnerin angebotenen Software vergaberechtlich zur Disposition zu stellen. Vergaberechtlich stellt sich deshalb die Frage, ob der Beschaffungsgegenstand so hätte umschrieben werden müssen, dass auch eine Ablösung des Systems der Gesuchsgegnerin – nämlich „ABI“ – durch jenes der Gesuchstellerin – nämlich „Polis4“ – in Frage käme. Diese Frage kann jedenfalls bei der im Zusammenhang mit der Beurteilung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung gebotenen summarischen Prüfung nicht ohne weiteres verneint werden kann. Dies gilt umso mehr, als die Ansichten über die Beweislastverteilung in Rechtsmittelverfahren betreffend Freihandvergaben nicht einheitlich sind (vgl. BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 2, BGE 137 II 313 E. 3.5.2; M. Beyeler, Freihänder: BVGer schwenkt Warnlampe!, in: BR 2016 S. 25 ff.).

**2.3.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde insbesondere mit Blick auf die nicht besonders schwerwiegenden, der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen, als ausreichend begründet im Sinn von Art. 17 Abs. 2 IVöB erscheint. Bei der gebotenen summarischen Prüfung können weder die Beschwerdebefugnis der Gesuchstellerin noch die vergaberechtliche Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, im jetzigen Zeitpunkt auch einen Systemwechsel in Betracht zu



## St.Galler Gerichte

ziehen, ohne weiteres verneint werden. Zudem weicht der Inhalt des vorgesehenen Vertrages zwischen der Gesuchsgegnerin und der Beschwerdegegnerin vom Gegenstand der Zuschlagsverfügung ab. Insoweit sind die Vorbringen der Gesuchstellerin geeignet, die Rechtmässigkeit des freihändigen Verfahrens in einem Ausmass in Frage zu stellen, welches es rechtfertigt, ihrem Gesuch zu entsprechen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

**3.** Die aufschiebende Wirkung kann – ganz oder zum Teil – wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung beispielsweise wegen dringend notwendiger Wartungs- und/oder Supportarbeiten ausserhalb des bestehenden Rahmenvertrags vom 14. Dezember 2007 mit dem Nachtrag vom 28. März 2012 (act. 8/16 vertraulich) neu vorzunehmen ist.

**4.** Über alle weiteren, insbesondere über die prozeduralen Anträge der Parteien wird zu gegebener Zeit entschieden.

**5.** Vorinstanz und Beschwerdegegnerin sind aufzufordern, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis **11. Juli 2016** zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen würde. Der Vorinstanz ist zudem Gelegenheit zu geben, die eingereichten Vergabeakten mit der Zuschlagsverfügung, welche sie entsprechend der Einladung der Regierung im Beschluss vom 3. Mai 2016 der Beschwerdegegnerin eröffnet hat (vgl. act. 2/4), zu ergänzen. Nach unbenützter Frist wird gestützt auf die Akten entschieden (Art. 64 in Verbindung mit Art. 50 Abs. 3 VRP).

**6.** Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

### **Der Präsident verfügt:**

**1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

**2.** Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.



**3.** Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis **11. Juli 2016** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden. Die Vorinstanz erhält die Gelegenheit, die an die Beschwerdegegnerin eröffnete Zuschlagsverfügung nachzureichen. Nach unbenützter Frist wird gestützt auf die Akten entschieden.

**4.** Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Präsident

Eugster