



Fall-Nr.: B 2016/118
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.04.2017
Entscheiddatum: 07.04.2017

Entscheid Verwaltungsgericht, 07.04.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 16 lit. F VöB, Art. XV Ziff. 1 lit. b GPA. Die Vorinstanz hat den Auftrag für die Wartung und den Support der zur automatisierten polizeilichen Vorgangsbearbeitung eingesetzten Software während fünf Jahren sowie die Lieferung eines – von insgesamt drei – Updates im freihändigen Verfahren an die bisherige Lieferantin vergeben. Die Beschwerdeführerin kommt als Anbieterin für die Erbringung der Support- und Wartungsdienstleistungen an dieser Software nicht in Frage (Erwägung 2.3). Die Vorinstanz war nicht verpflichtet, die Updates so zu umschreiben, die die Beschwerdeführerin eigene Module hätte anbieten können. Die Beschwerdeführerin ist nicht potentielle Anbieterin für die Lieferung von Updates zur von der Vorinstanz eingesetzten Software (Erwägung 2.4). Das von der Beschwerdeführerin angebotene System stellt keine angemessene Alternative im Sinn von Art. XV Ziff. 1 lit. b GPA dar (Erwägung 2.6), (Verwaltungsgericht, B 2016/118).

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder, Heer, Bietenharder, Zindel;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

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

Beschwerdeführerin,



St.Galler Gerichte

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

gegen

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

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Carole Gehrer 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

Das Verwaltungsgericht stellt fest:



St.Galler Gerichte

A. Die Regierung des Kantons St. Gallen beschloss am 3. Mai 2016, den Auftrag für die Wartung und den Support der bei der Kantonspolizei zur automatisierten polizeilichen Vorgangsbearbeitung in der Version 3 eingesetzten Software „ABI3“ während fünf Jahren (je CHF 230'296.75) sowie die Lieferung eines Updates „myABI 1.0“ (CHF 281'054) zum Preis von CHF 1'432'537.75 ohne Mehrwertsteuer im freihändigen Verfahren an die rola Security Systems AG zu vergeben.

B. Die Unisys (Schweiz) GmbH (Beschwerdeführerin) erhob gegen den von der Kantonspolizei St. Gallen (Vorinstanz) am 23. Mai 2016 publizierten Zuschlag (ABI 2016 S. 1560) mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 1. Juni 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge und unter Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei die Zuschlagsverfügung vom 10. Mai 2016 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das „ordentliche“, eventualiter das selektive Verfahren durchzuführen. Am 3. Juni 2016 verbot der Präsident des Verwaltungsgerichts der Vorinstanz superprovisorisch den Abschluss des Vertrags mit der rola Security Systems AG (Beschwerdegegnerin). Die Beschwerdegegnerin beantragte am 7. Juni 2016, es sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in ihr Angebot, die zwischen ihr und der Vorinstanz abgeschlossenen Verträge und in weitere Unterlagen mit Geschäftsgeheimnis zu gewähren. Die Vorinstanz beantragte am 8. Juni 2016, es sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in die Rahmenverträge mit der Beschwerdegegnerin zu gewähren. Gleichzeitig ersuchte sie um Abweisung des Begehrens um aufschiebende Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2016 gewährte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Die Kosten der Verfügung verblieben bei der Hauptsache.

Die Beschwerdegegnerin beantragte am 11. Juli 2016, die Beschwerde sei, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen. Die Vorinstanz hielt gleichentags am – bereits im Verfahren zur aufschiebenden Wirkung gestellten – Antrag, die Beschwerde – soweit überhaupt darauf einzutreten sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen, fest. Die Beschwerdeführerin nahm zu den Vernehmlassungen mit Eingabe vom 22. August 2016 Stellung und hielt an ihren Beschwerdeanträgen fest. Zu dieser Stellungnahme äusserten sich die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin mit Eingaben vom 12.



September 2016. Die Beschwerdeführerin antwortete darauf am 6. Oktober 2016; Vorinstanz und Beschwerdegegnerin äusserten sich dazu am 12. Oktober 2016. Die Beschwerdeführerin behielt am 19. Oktober 2016 das letzte Wort.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 811.1, EGöB). Die Beschwerde gegen die im freihändigen Verfahren ergangene und am 23. Mai 2016 veröffentlichte Zuschlagsverfügung wurde mit Eingabe vom 1. Juni 2016 rechtzeitig erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB).

2. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin zur Erhebung der Beschwerde befugt ist. Die Vorinstanz spricht der Beschwerdeführerin die Partei- und Prozessfähigkeit ab (dazu nachfolgend Erwägung 2.1). Sodann bestreitet sie, dass die Beschwerdeführerin in der Lage ist, ein eigenes schutzwürdiges Interesse darzutun (dazu nachfolgend Erwägung 2.2-2.6).

2.1. Die Vorinstanz macht geltend, eine Zweigniederlassung sei nicht rechtsfähig, nicht parteifähig und damit nicht beschwerdelegitimiert. Gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 8 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) können am Beschwerdeverfahren natürliche und juristische Personen sowie Personenvereinigungen beteiligt sein. Beschwerdeführerin ist die im Handelsregister eingetragene Unisys (Schweiz) GmbH. Dass in der Beschwerde als Adresse jene ihrer Zweigniederlassung in Bern – mittlerweile ersetzt durch die Adresse am Sitz der



Gesellschaft – angegeben wird, ändert daran nichts (vgl. dazu Präsidialverfügung B 2016/118 vom 15. Juni 2016 E. 2.2.1 mit Hinweis, www.gerichte.sg.ch).

2.2. Gegenstand der Beschaffung sind einerseits Wartung und Support der von der Vorinstanz eingesetzten Software „ABI“ während fünf Jahren zum Preis von CHF 1'151'483.75 und andererseits die Lieferung eines – von drei – Updates mit der Bezeichnung „myABI 1.0“ zum Preis von CHF 281'054. Die Vorinstanz macht geltend, die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, diese Leistungen zu erbringen (nachfolgend Erwägung 2.3 zu Wartung und Support sowie Erwägung 2.4 zu den Updates). Die von der Beschwerdeführerin ins Spiel gebrachte Software „Polis4“ – an welcher ihr ohnehin die erforderlichen Schutz- und Lizenzrechte fehlten (dazu nachfolgend Erwägung 2.5) – stelle zudem keine angemessene Alternative zum Beschaffungsgegenstand dar (dazu nachfolgend Erwägung 2.6).

2.3.

2.3.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei in der Lage, ein Angebot für Support und Wartung von „ABI3“ einzureichen. Sie verfüge über das technische/fachliche Know-how und die personellen Ressourcen. Mehrere führende Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin seien zu ihr gestossen. Der Schutz des „geistigen Eigentums“ stehe dem nicht entgegen. Es sei davon auszugehen, dass die Vorinstanz über die notwendigen technischen Unterlagen und den Quellcode zu „ABI“ verfüge und diese dem jeweiligen Anbieter, der diese Dienstleistung erbringen soll, zugänglich machen könne. Es sei nicht anzunehmen, dass sich die Vorinstanz vertraglich verpflichtet habe, Support und Wartung ausschliesslich von der Beschwerdegegnerin zu beziehen. Könne die Beschwerdegegnerin ihre Dienstleistungen nämlich nicht mehr erbringen, werde „ABI“ nutzlos. Der verantwortungsvolle Umgang mit Steuergeldern lasse annehmen, die Vorinstanz sei rechtlich in der Lage, die nachgefragten Dienstleistungen auch an andere Anbieter als die Beschwerdegegnerin zu vergeben. Sei dies nicht der Fall, habe sie die Ausschliesslichkeitssituation und den Ausschluss sämtlichen Wettbewerbs selbst verursacht. Habe es die Vergabestelle versäumt, sich die Schutzrechte des geistigen Eigentums in einer Art zu sichern, welche ihr die öffentliche Ausschreibung der weiteren Leistungen erlaube, verdiene dies keinen Rechtsschutz.



Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, Wartungs- und Supportleistungen für das bestehende „ABI“-System zu offerieren, weil ihr der Zugang zum Quellcode fehle. Dieser und sämtliche immaterialgüterrechtlichen Schutzrechte an „ABI“ stünden vollumfänglich und allein der Beschwerdegegnerin zu. Die zu erbringenden Leistungen setzten sehr detaillierte Kenntnisse der Software voraus. Ohne die entsprechenden Schutzrechte samt Quellcode könne ein Dritter die nachgefragten Leistungen nicht erbringen. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin, über das erforderliche fachliche und technische Know-how und die personellen Ressourcen zu verfügen, seien unsubstantiiert und genügten den Anforderungen an den Nachweis für die Beschwerdelegitimation nicht. Es habe sich um einen reinen Verkäufer und zwei im Kundensupport tätige Personen gehandelt, die vor einem beziehungsweise zwei Jahren von der Beschwerdegegnerin zur Beschwerdeführerin gewechselt und von Wartung und Entwicklung von „ABI“ keine Ahnung hätten. Die Beschwerdeführerin habe vom heutigen Stand von „ABI“ und von den Updates keine Ahnung.

2.3.2. Gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung der Beschwerde berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Ein solches Interesse kann nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden können. Im Submissionsrecht ist zur Beschwerde gegen den Zuschlag im offenen Verfahren legitimiert, wer mit einer Offerte an der Ausschreibung teilgenommen hat, damit ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt worden ist und eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte. Grundsätzlich definiert die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse, was sie beschaffen will; mit der submissionsrechtlichen Beschwerde kann deshalb nicht verlangt und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt. Legitimiert kann deshalb nur sein, wer das ausgeschriebene Produkt angeboten hat; wer ein anderes Produkt offerieren will, ist hingegen zur Beschwerde nicht legitimiert, weil er von vornherein nicht erreichen kann, was er anstrebt (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.1).

Im freihändigen Verfahren besteht folgende Besonderheit: Wird zulässigerweise das freihändige Verfahren angewendet, wählt der Auftraggeber rechtmässig einen



bestimmten Anbieter aus, ohne dass eine Ausschreibung durchgeführt werden müsste (Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. b^{bis} IVöB). Ein potenzieller Konkurrent kann deshalb nicht verlangen, in ein (rechtmässiges) Freihandverfahren einbezogen zu werden. Mit der Beschwerde gegen die freihändige Auftragserteilung kann nur geltend gemacht werden, richtigerweise hätte für die in Frage stehende Beschaffung nicht das freihändige Verfahren durchgeführt werden dürfen. Auch dazu kann aber nicht jedermann legitimiert sein, sondern nur wer geltend macht, er hätte – wenn für die in Frage stehende Beschaffung ein anderes Verfahren durchgeführt worden wäre – eine Offerte für das zu beschaffende Produkt eingereicht. Mithin steht gegen den Entscheid, unzulässigerweise das Freihandverfahren durchzuführen, nur den potenziellen Anbietern des von der Vergabestelle definierten Beschaffungsgegenstandes eine Beschwerdemöglichkeit zu (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.2).

Schreibt die Vergabestelle eine Verlängerung der Lizenzen und eine Wartung der bisher genutzten Informatikumgebung aus, entspricht ein neues Informatiksystem nicht dem Bedürfnis der Vergabestelle. Der Beschwerdeführer muss darlegen, dass er gewillt und in der Lage ist, auf der bestehenden Umgebung aufbauende Leistungen zu erbringen und darf nicht ein Interesse an einer grundlegenden Änderung der Informatikstrategie erkennen lassen (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.4).

2.3.3. Gemäss Ziffer 6.1 des zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin bestehenden Rahmenvertrags Softwarepflege (Version V1.3 vom 14. Dezember 2007, act. 8/16) mit dem Titel „Geistiges Eigentum“ verbleiben die Schutzrechte, insbesondere die bei der Ausführung der Leistungen gemäss dem Rahmenvertrag realisierten Erfindungen und Entwicklungen und das Urheberrecht grundsätzlich vollumfänglich und exklusiv beim jeweiligen Hersteller der entsprechenden Software. Dem Kunden steht ein unentgeltliches Nutzungsrecht an diesen Erfindungen und Entwicklungen zu. Dementsprechend verpflichten sich die Vertragspartner in Ziffer 9 unter dem Titel „Vertraulichkeit und Datenschutz“ zur Wahrung der Vertraulichkeit aller nicht allgemein bekannter Unterlagen und Informationen, welche sich auf die geschäftliche Sphäre des andern Partners beziehen. Gemäss Ziffer 10.3, in welcher die Rechte und Pflichten bei Vertragsbeendigung geregelt werden, bleiben insbesondere die Bestimmungen über Geheimhaltung und Datenschutz und die Rechte am Arbeitsergebnis über das Datum der Vertragsbeendigung hinaus in Kraft. Ziffer 11.4



verbietet die Abtretung oder Übertragung des Rahmenvertrags oder einzelner daraus entspringender Rechte und Pflichten an Dritte ohne vorgängige schriftliche Zustimmung, die allerdings nicht grundlos verweigert werden darf.

Der neue Rahmenvertrag samt Anhängen, welcher Gegenstand der Vergabe bildet, verweist in Ziffer X unter dem Titel „Immaterialgüterrechte“ auf Ziffer 24.4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Informatikkonferenz (ABG SIK). Danach verbleiben die Schutzrechte an der Standardsoftware bei der Leistungserbringerin oder Dritten (Ziffer 24.4.1). Die Leistungsbezügerin erwirbt ein nicht-exklusives, persönliches und nicht übertragbares zeitlich und räumlich unbeschränktes Nutzungsrecht an den lizenzierten ABI-Produkten (Ziffer X des Rahmenvertrags). In Anhang F zum neuen Rahmenvertrag (act. 8/Beilage 3) sollen die Fälle definiert werden, in denen der Vorinstanz Zugriff auf den hinterlegten Quellcode der lizenzierten Produkte der Beschwerdegegnerin samt Entwicklungs- und Systemdokumentation sowie die weiteren für die Bearbeitung des Codes notwendigen Dokumentationen und Informationen ermöglicht und sie in die Lage versetzt werden soll, die vertraglich vorgesehenen Wartungs- und Pflegeleistungen selber vorzunehmen oder durch Dritte vornehmen zu lassen (sogenannte Escrow-Vereinbarung). Das Nutzungsrecht ist beschränkt auf die Wartung und Pflege (inklusive Verbesserungen und Leistungen unter der bestellten „erweiterten Wartung“ Updates „myABI 1.0, 1.1 und 1.2“, vgl. Anhang D zum neuen Rahmenvertrag), soweit die Beschwerdegegnerin dazu rechtlich verpflichtet ist (act. 8/Beilage 3).

2.3.4. Weder aus dem bestehenden noch aus dem geplanten neuen Vertragsverhältnis lassen sich Hinweise dafür entnehmen, dass die Vorinstanz oder gar Dritte befugt wären, den Quellcode zu ändern oder weiterzuentwickeln. Insbesondere ergibt sich ein solches Recht auch nicht aus einer engen Zusammenarbeit zwischen Vorinstanz und Beschwerdegegnerin bei der Weiterentwicklung der Software. Diese enge Zusammenarbeit kann zwar dazu führen, dass Mitarbeiter der Vorinstanz auch Einblick in den Quellcode und die dazu gehörigen Dokumentationen erhalten. Da die Immaterialgüterrechte an der Software indessen bei der Beschwerdegegnerin verbleiben, sind die entsprechenden Mitarbeiter verpflichtet, die Vertraulichkeit zu wahren. Zumindest die Wartung – nicht unbedingt der Support – setzt die Kenntnis des Quellcodes und der Dokumentationen und die Befugnis, daran Veränderungen



vorzunehmen, voraus. Die Beschwerdeführerin kann deshalb aus dem bestehenden und dem neuen Rahmenvertrag keinen eigenen Anspruch auf die für die Erbringung von Support- und Wartungsleistungen wesentlichen Informationen, namentlich den Quellcode von „ABI“ mit den dazu gehörigen Dokumentationen, ableiten. Umso weniger wäre sie befugt, in den Quellcode der von der Vorinstanz eingesetzten Software „ABI“ einzugreifen und ihn zu bearbeiten. Dass ein Sachverhalt vorläge, welcher nach der – erst vorgesehenen – Escrow-Vereinbarung zur Freigabe des Quellcodes und der weiteren für die Erbringung von Support- und Wartungsdienstleistungen erforderlichen Informationen führen würde, macht im Übrigen auch die Beschwerdeführerin nicht geltend. Dass die Beschwerdeführerin personell und technisch in der Lage ist, auch für die Software der Beschwerdegegnerin Support zu leisten, soweit dafür keine Kenntnis des Quellcodes und keine Befugnis zu dessen Veränderung erforderlich ist, ist zwar nicht ausgeschlossen. Die Vorinstanz hat allerdings nicht allein diesen Support, den allenfalls auch ihre eigenen Informatiker zu leisten in der Lage wären, ausgeschrieben, sondern – sachlich nachvollziehbar – zusammen damit auch Support und Wartung, welche Berechtigungen am Quellcode voraussetzen.

2.3.5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz hätte sich die erforderlichen Rechte am Quellcode und den Dokumentationen und Informationen sichern müssen. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, auf die sich die Beschwerdeführerin stützt (VB.2013.00393 vom 16. Januar 2014 E. 5.3; www.vgr.zh.ch), bezieht sich auf einen Planungs- und Gesamleistungswettbewerb mit einem Projektwettbewerb in erster und einem Studienauftrag in zweiter Stufe, welcher zu einer – mangels Anonymität der Beurteilung in der zweiten Stufe an sich unzulässigen – freihändigen Vergabe der Projektrealisation führte. Jahre später wurde in einer weiteren Etappe des Projekts für die Landschaftsplanung in einem Einladungsverfahren nicht der ursprüngliche Landschaftsarchitekt, sondern ein Konkurrent berücksichtigt. In einer nicht entscheidungswesentlichen Erwägung führt das Gericht aus, der Schutz des geistigen Eigentums lasse eine Freihandvergabe nur zu, wenn die frühere urheberrechtlich geschützte Leistung rechtskonform vergeben worden sei. Die regulären Verfahren seien auch dann einzuhalten, wenn eine Projektstudie oder ein Vorprojekt ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstelle und daher nicht ohne Zustimmung des Urhebers als Grundlage für die weitere Projektierung



durch einen anderen Bearbeiter verwendet werden dürfe. Habe es die Vergabebehörde versäumt, sich die entsprechenden urheberrechtlichen Befugnisse vorab zu sichern, schaffe dies keinen Ausnahmetatbestand, sondern habe allenfalls zur Folge, dass die Vorarbeiten nochmals erbracht werden müssten.

Vorab ist festzuhalten, dass die von der Vorinstanz eingesetzte Software „ABI“ auf eine nach den einschlägigen GATT/WTO-Regeln durchgeführte Beschaffung zurückgeht (vgl. Protokoll der Regierung des Kantons St. Gallen vom 3. Mai 2016, Lit. A des Sachverhalts, act. 8/Register verg. act. 3). Im Übrigen ist fraglich, ob die von der Beschwerdeführerin angeführte Rechtsprechung auf den Bereich der Wartung und des Supports insbesondere von Standardsoftware übertragen werden kann. Bei Standardsoftware gehen – anders als bei Individualsoftware – die Schutzrechte regelmässig nicht auf den Leistungsbezüger über, sondern verbleiben beim – entsprechend berechtigten – Leistungserbringer oder einem Dritten (vgl. Ziffer 24.2 und 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Informatikkonferenz, AGB SIK). Die zur Automatisierung der polizeilichen Vorgangsbearbeitung eingesetzte Software „ABI“ der Beschwerdegegnerin richtet sich zwar an einen – national – beschränkten Kreis von Leistungsbezügern. Deshalb kann individuellen Bedürfnissen einzelner Kunden – anders als beispielsweise bei Standardsoftware im Bereich der Büroautomation – unmittelbar Rechnung getragen werden. Insoweit kann sich das Produkt der Beschwerdegegnerin einer Individualsoftware annähern. Indessen ändert dies nichts am Umstand, dass der Kreis der Leistungsbezüger – im Übrigen anders als beim Sachverhalt, welcher den Ausführungen des Zürcher Verwaltungsgerichts zugrunde lag – grundsätzlich offen bleibt. Vergaberechtlich kann deshalb nicht der Schluss gezogen werden, die Vorinstanz habe – indem sie das von ihr eingesetzte Produkt „ABI“ nicht als Individualsoftware behandelte – das Recht verwirkt, unter Berufung auf den Schutz geistigen Eigentums gestützt auf Art. 16 Ingress und lit. c VöB die von ihr nachgefragten Leistungen freihändig zu beschaffen. Im Übrigen umschreibt Ziffer V des Anhangs F zum Entwurf des Rahmenvertrags die Voraussetzungen – unter anderem wenn die Beschwerdegegnerin das Geschäft nicht mehr weiterführt oder keine Wartungs- und Supportleistungen für ihre lizenzierten Produkte mehr erbringt – für einen Zugriff auf den Quellcode. Diese Regelung trägt dem Einwand der Beschwerdeführerin Rechnung, die Vorinstanz begeben sich in eine problematische Abhängigkeit von der Beschwerdegegnerin.



Jedenfalls aber kann sich die Vorinstanz unabhängig davon auf die technischen Besonderheiten berufen, welche ebenfalls eine Beschaffung im freihändigen Verfahren rechtfertigen können. Die Software der Beschwerdegegnerin deckt die Automatisierung der polizeilichen Vorgangsbearbeitung weitgehend ab. Sie setzt sich aus zahlreichen einzelnen Modulen zusammen und umfasst auch Schnittstellen zu externen Informationssystemen. Daraus kann ohne weiteres auf einen entsprechend komplexen Quellcode geschlossen werden. Selbst wenn qualifizierte Softwareentwickler – mit einem schwer abschätzbaren Aufwand – in der Lage sein sollten, Wartung und Support des Systems mit Hilfe von Quellcode und Dokumentationen zu übernehmen, bliebe das schwer abschätzbare und angesichts der Bedeutung der permanenten Einsatzfähigkeit des Systems für die Erfüllung der polizeilichen Aufgaben nicht hinzunehmende Risiko von Wartungslücken bestehen (vgl. zur Beschwerdeangelegenheit mit umgekehrten Parteirollen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB. 2015.00780 vom 11. August 2016 E. 4.1, act. 20/30, www.vgr.zh.ch).

2.3.6. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin als Anbieterin für die Erbringung von Support- und Wartungsdienstleistungen für die Software „ABI3“ nicht in Frage kommt.

2.4.

2.4.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei in der Lage, die von der Vorinstanz eingesetzte Software mit den neuen Funktionen, welche die Vorinstanz unter dem Begriff der „erweiterten Wartung“ als Updates zu „ABI“ mit der Bezeichnung „MyABI“ nachfragte, auszustatten. „ABI“ sei modulartig aufgebaut. Sie könne einzelne Module von „ABI“ durch die entsprechenden eigenen Module ersetzen. Insbesondere hinsichtlich der mobilen Funktion verfüge die Beschwerdeführerin über eigene Produkte, welche eine angemessene Alternative zu diesen Updates darstellten.

2.4.2. Berufte sich – wie hier – die Vergabestelle für die Zulässigkeit des Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand gemäss Art. 16 Abs. 1 Ingress und lit. d und g VöB nur ein Anbieter in Frage komme, und macht der Beschwerdeführer dagegen geltend, der Beschaffungsgegenstand sei zu Unrecht so definiert worden, dass nur ein Anbieter in Frage komme, so muss



beschwerdeweise überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes rechtmässig ist. Würde die Legitimation bereits mit der Argumentation verneint, der Beschwerdeführer wolle nicht die beschaffte Leistung erbringen, wäre zu keinem Zeitpunkt überprüfbar, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes rechtmässig erfolgt ist. Auch hier kann aber mit der Beschwerde nicht verlangt oder erreicht werden, dass ein anderes Produkt beschafft wird als dasjenige, das bei zulässiger Umschreibung des Auftrags beschafft werden soll. Legitimiert zur Beschwerde kann daher 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).

2.4.3. Gegenstand der Zuschlagsverfügung ist – nebst Wartung und Support (dazu vorstehend Erwägung 2.3) – einzig das Update „myABI 1.0“. Das Angebot und Anhang D des Vertragsentwurfs umfassen die weiteren Updates „myABI 1.1“ und „myABI 1.2“. Da die Updates „myABI“ unter der Bezeichnung „erweiterte Wartung“ nur als Option für den ganzen Lieferumfang ausgeübt werden können (lit. c Anhang D des Vertragsentwurfs, act. 8 Beilage 3), ist es gerechtfertigt, die Zulässigkeit der Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes unter Berücksichtigung aller drei Updates zu prüfen.

Die Updates „MyABI“ führen zu Anpassungen und Erneuerungen in zahlreichen Bereichen der Anwendungen (End2End, Workflow-, Masken-Konfigurator und Dokument-Generator, Web Interface, Mobile Interface optimiert für iPhone und iPad, usw.). Sie wirken sich auf 17 lizenzierte „ABI“-Produkte im Zusammenhang mit der Journalführung, der Geschäftskontrolle und der Rapportierung aus. Die Vorinstanz erhält damit ein stark integriertes System, das die zur Erbringung von Leistungen notwendige Prozesskette abdeckt. Die betroffenen Module werden mit den neuen Funktionen ergänzt. Sie bleiben mit den übrigen „ABI“-Modulen, allen Schnittstellen zu anderen Systemen und Zusatzfunktionen kompatibel (vgl. Beilage D2 zum Anhang D sowie Ziff. 2.2 des Angebots, act. 8/Beilage 3).

2.4.4. Selbst wenn die Beschwerdeführerin – wie sie geltend macht – in der Lage wäre, die betroffenen Module durch eigene Produkte zu ersetzen, hätte dies offenkundig zur



Folge, dass die Vorinstanz in zentralen Bereichen der automatisierten Prozesse weitgehend nicht mehr „ABI“ einsetzen würde. Dass die Vorinstanz eine Lösung in Zusammenarbeit mit einem einzigen Anbieter anstrebt und den Aufwand für die Programmierung der Schnittstellen zwischen den Modulen verschiedener Anbieter samt Erhöhung der Komplexität im Betrieb vermeiden will, ist auch mit Blick auf den vom Vergaberecht bezweckten wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel gerechtfertigt. Die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes durch die Vorinstanz ist insoweit nicht zu beanstanden. Soweit die Beschwerdeführerin der Auffassung sein sollte, es sei ihr möglich, die Weiterentwicklungen im von der Vorinstanz eingesetzten System „ABI“ vorzunehmen, kann auf die Ausführungen zu Wartung und Support verwiesen werden: Sowohl die fehlende Berechtigung der Beschwerdeführerin am Quellcode und den Dokumentationen dazu als auch die technische Komplexität sprechen dagegen, dass die Beschwerdeführerin als Anbieterin der Updates zu „ABI“ in Frage kommt.

2.4.5. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz nicht verpflichtet war, die Updates zu „ABI“ so zu umschreiben, dass die Beschwerdeführerin eigene Module hätte anbieten können. Ebenso wenig ist die Beschwerdeführerin potentielle Anbieterin für die Lieferung der Updates zu „ABI3“.

2.5.

2.5.1. Die Vorinstanz geht zudem davon aus, der Beschwerdeführerin fehlten die für die Einreichung eines Angebotes erforderlichen Schutz- und Lizenzrechte beziehungsweise der Quellcode für „Polis4“. Die bisherige „Arge Polis“ – getragen von der Kantonspolizei Zürich, den Stadtpolizeien Zürich und Winterthur und der Beschwerdeführerin – sei in einen Verein überführt worden, der von der Beschwerdeführerin sämtliche Rechte an „Polis4“ übernommen habe und dem andere Korps beitreten müssten, wenn sie diese Software nutzen wollten. Die Vorinstanz hätte gegenüber den jetzigen Gründungsmitgliedern keinen angemessenen Einfluss und wolle diesem Verein nicht beitreten. Der Verein gestatte der Beschwerdeführerin den Zugriff zum Quellcode beziehungsweise die Nutzung der erforderlichen Schutzrechte. Diese Rechte seien aber auf die Leistungserbringung gegenüber dem Verein „Arge Polis“ beschränkt und bis Ende 2016 befristet. Wer vom Verein „Arge Polis“ diese



Rechte ab 1. Januar 2017 erhalten werde, sei noch nicht klar. Die Beschwerdeführerin könne der Vorinstanz die Rechte am Quellcode von „Polis4“ und „Polis4“ gar nicht anbieten. Sei die Beschwerdeführerin auf eine Arbeitsgemeinschaft mit einer anderen Gesellschaft angewiesen, sei auf deren Beschwerde, die sie lediglich in eigenem Namen erhebe, nicht einzutreten. Sei die Beschwerdeführerin auf den Verein angewiesen, sei dies eine einfache Gesellschaft. Als notwendige Streitgenossenschaft müssten sie gemeinsam gegen eine Vergabe vorgehen.

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die von der Vorinstanz zitierten öffentlichen Quellen gäben die tatsächliche vertragliche Situation unvollständig wieder. Nach den Rahmenverträgen stünden die Schutzrechte an der genutzten Version des Applikationsportfolios „Polis“ der Beschwerdeführerin und dem jeweiligen Polizeikorps gemeinschaftlich zu. Auch nach dem Entwurf des Rahmenvertrags zwischen dem Verein „Arge Polis“ und der Beschwerdeführerin stehe das Vertriebsrecht an „Polis“ der Beschwerdeführerin sowie dem Verein „Arge Polis“ je einzeln zu und könne „durch den Verein für Polizeikorps innerhalb des schweizerischen Polizeimarktes und durch die Beschwerdeführerin für alle interessierten Organisationen ausgeübt werden“.

2.5.2. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Rahmenverträgen, die sie mit dem Kanton Zürich sowie den Städten Zürich und Winterthur abgeschlossen hat, lässt sich entnehmen, dass die Schutzrechte an „Polis“ weiterhin auch der Beschwerdeführerin – wenn auch neben den Leistungsbezügern – zukommen. Insbesondere bedarf sie zur Ausübung des Vertriebsrechts keiner Zustimmung der Leistungsbezüger (vgl. Ziffer 3.3.1 der Rahmenverträge; act. 20 Beilagen 26, 27 und 28). Im Entwurf zu einem Nachtrag zu diesen Rahmenverträgen sollen die Vertriebsrechte durch den Verein „Arge Polis“ für Polizeikorps innerhalb des schweizerischen Polizeimarktes und durch die Beschwerdeführerin „für alle interessierten Organisationen“ ausgeübt werden. Für jedes interessierte Korps soll situativ definiert werden, ob die Nutzung des Polis-Portfolios über den Verein (über einen Eintrittsbeitrag) oder über die Beschwerdeführerin (Vertrieb der Lizenzen) erfolgen soll. Während nach den noch gültigen Bedingungen davon ausgegangen werden kann, dass die Beschwerdeführerin trotz der gleichzeitigen Berechtigung der Leistungsbezüger an der Software befugt ist, „Polis“ anderen Nachfragern anzubieten, erscheint die Rechtslage nach dem geplanten Nachtrag weniger eindeutig. Ob die



Beschwerdeführerin zurzeit befugt wäre, „Polis4“ anzubieten, kann indessen offen bleiben, wenn sich die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes als Weiterentwicklung von „ABI“ durch die Vorinstanz vergaberechtlich als zulässig erweist.

2.6.

2.6.1. Die Verfahrensbeteiligten sind sich nicht einig, ob die mit den Updates „myABI“ eingeführten neuen Funktionen einen Umfang erreichen, welcher die Vorinstanz verpflichtet, eine Neubeschaffung der Software im offenen Verfahren auszuschreiben und so der Beschwerdeführerin zu ermöglichen, ihr Softwarepaket „Polis4“ als angemessene Alternative zu offerieren. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz beabsichtige die Erneuerung des veralteten Systems „ABI3“ und beschaffe unter dem Deckmantel von Wartungs- und Supportdienstleistungen und unter Umgehung des Beschaffungsrechts neue Funktionen, namentlich eine Geschäftsprozessführung und eine mobile Datenfunktion. Die Vorinstanz frage die „Lieferung eines Updates“ nach. Sie wolle (zumindest teilweise) ein neues Vorgangsbearbeitungssystem einführen. Für diese Neubeschaffung der von der Beschwerdegegnerin angebotenen Lösungen bestünden angemessene Alternativprodukte der Beschwerdeführerin. Als Konkurrentin der Beschwerdegegnerin biete sie mit der bewährten Polizeisoftware „Polis4“ eine mehr als angemessene topmoderne Alternative mit einer durchwegs integrierten Geschäftsprozessführung an. Sie beliefe damit unter anderem die Kantonspolizei Zürich sowie die Stadtpolizeien Zürich und Winterthur. Für die geplanten Ausgaben von CHF 1'432'537.75 könne die Vorinstanz das voll integrierte und mit sämtlichen Funktionen ausgestattete „Polis4“ inklusive Support und Wartung für fünf Jahre beschaffen.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, „Polis4“ sei ein „aliud“ zum Beschaffungsgegenstand, welches die Vorinstanz weder beschaffen wolle noch müsse. „ABI“ sei seit knapp 10 Jahren im Einsatz und müsse nicht bereits ersetzt werden. Gegenstand der Beschaffung sei keine Neuentwicklung. Es werde kein neues Vorgangsbearbeitungssystem beziehungsweise Gesamtsystem beschafft. Zweck der zu beschaffenden Leistung sei es, die Software in einem zum bestimmungsgemässen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Dazu gehöre die Weiterentwicklung und



Anpassung an den technologischen Fortschritt, an geänderte Anforderungen und Einsatzbedingungen. Es gehe um Pflege und Aktualisierung einer vielschichtigen Software, die in einem komplexen Umfeld mit einer Vielzahl von Schnittstellen implementiert sei und rund um die Uhr nutzbar sein müsse. Die eingehenden Abklärungen hätten gezeigt, dass die Ablösung des gesamten „ABI“-Systems durch ein komplett anderes System keine angemessene Alternative darstelle. Die Beschwerdeführerin behaupte lediglich pauschal und ohne Substantiierung, „Polis4“ enthalte sämtliche Funktionen und Schnittstellen des Produkts „ABI“. Die Konkurrenzprodukte seien bereits in technisch-funktionaler Hinsicht keine angemessene Alternative. „Polis“ sei nicht in der Lage, die bestehenden Personen- und Falldaten, die Datenhaltung und -verarbeitung von „ABI“ ohne Migration zu nutzen und eine friktionslose Datenhaltung zu garantieren. Ferner fehlten diverse Applikationen und Funktionen (umfassende Geschäftskontrolle, integriertes Waffenmodul, integriertes Medienmodul). Es sei massgeschneidert auf die Bedürfnisse der Zürcher Kantonspolizei und der Stadtpolizeien Winterthur und Zürich. „ABI“ könne auf die Bedürfnisse eines Korps angepasst (parametrisiert) werden. Die Ablösung wäre mit immensem Aufwand und Zusatzkosten sowie mit signifikanten Gefahren verbunden. Die – über die reguläre Wartung und Support mit jährlichen Kosten von CHF 230'296.75 hinausgehende – erweiterte Wartung bestehe in der Lieferung der Updates „myABI“, die jedem „ABI3“-Kunden als Lizenz angeboten würden. Zugeschlagen worden sei das erste Update für CHF 281'054, mit welchem ein Web-Interface für die Vorgangsbearbeitung ausserhalb des Büros eingeführt und die Geschäftsprozessführung verbessert werde. Er könne ohne Betriebsunterbruch eingeführt werden und betreffe nur einzelne Produktteile von „ABI“; alle übrigen lizenzierten „ABI“-Produkte, namentlich der Kernel, der darin enthaltene Datenbestand sowie die Schnittstellen, blieben unverändert. Im Übrigen habe die Kantonspolizei Zürich mit dem Wechsel von „Polis3“ auf „Polis4“ ohne jegliche Publikation eine mobile Polis-Abfrage eingeführt.

2.6.2. Art. 16 Ingress und lit. f VöB verlangt für die Zulässigkeit der Vergabe im freihändigen Verfahren – anders als Art. 17 Abs. 1 Ingress und lit. c der Verordnung des Bundes über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11) – nicht, dass es keine angemessene Alternative gibt. Für Beschaffungen, welche – wie vorliegend mit einer Vergabesumme von CHF 1'944'645.75, wovon CHF 843'162 für die drei Updates



„myABI“ – den Schwellenwert von CHF 350'000 im Staatsvertragsbereich erreichen, gilt diese Voraussetzung indessen aufgrund von Art. XV Ziff. 1 Ingress und lit. b des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422, GPA). Die Stellung als potenzieller Anbieter hängt davon ab, ob die vom Beschwerdeführer angebotene Leistung funktional der freihändig beschafften Leistung entspricht, das heisst ob der Mitbewerber das hinter der Beschaffung bestehende Bedürfnis mit einem gleichen oder gleichartigen Produkt zu befriedigen vermag. Der Vergabestelle ist es unbenommen, ihren Bedarf mit Blick auf die von ihr gewünschte Lösung zu konkretisieren. Die Substituierbarkeit ist alsdann in Bezug auf diese konkrete Leistung zu beurteilen. Wer anstelle dieser Leistung etwas funktional Anderes anbieten will, ist nicht als potenzieller Anbieter zu betrachten (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.4).

Das Vorhandensein angemessener Alternativen ist die anspruchsbegründende Tatsache, aus welcher die Beschwerdeführerin die Unrechtmässigkeit der Freihandvergabe und damit ihre Zulassung zu einem Submissionsverfahren ableitet. Dafür trägt sie die Beweislast (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR 210, ZGB). Der Vergabestelle die Beweislast für das Fehlen angemessener Alternativen aufzuerlegen, würde darauf hinauslaufen, einen Beweis negativer Tatsachen zu verlangen, was grundsätzlich nur zurückhaltend angenommen wird. Der Dritte, der behauptet, es bestünden angemessene Alternativen, muss daher substantiiert solche Alternativen anbieten und darlegen, dass sie angemessen sind (BGE 137 II 313 E. 3.5.2). Auch im Rahmen der Prüfung, ob angemessene Alternativen vorhanden sind, kann weder von der Vergabebehörde noch von den Beschwerdeinstanzen verlangt werden, theoretisch und abstrakt zu prüfen, ob alternative Lösungen denkbar sind. Zwar kann vom Beschwerdeführer – anders als im offenen Verfahren – nicht verlangt werden, dass er in einem Ausschreibungsverfahren eine Offerte eingereicht hat, da es ein solches ja gar nicht gegeben hat. Immerhin muss aber der potenzielle Anbieter im Beschwerdeverfahren geltend machen, dass er eine konkrete Lösung anbietet, welche sowohl funktional als auch wirtschaftlich eine angemessene Alternative darstellt (BGE 137 II 313 E. 3.6.1).

2.6.3. Es ist davon auszugehen, dass die in den Polizeikorps des Kantons Zürich sowie der Städte Zürich und Winterthur eingesetzte Software „Polis4“ – allenfalls mit Ergänzungen nach den Wünschen der Vorinstanz – grundsätzlich geeignet ist,



dieselben Funktionen wie die von der Vorinstanz eingesetzte Software „ABI3“ mit den Updates „myABI 1.0, 1.1 und 1.2“ zu erfüllen. Allerdings fragt sich, ob diese Alternative, die eine Ablösung des bestehenden Systems verlangen würde, als angemessen bezeichnet werden kann.

2.6.4. Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung ist die Auslegung und Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit durch die Vorinstanz. Die Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe ist der Kontrolle durch die Beschwerdeinstanz unterworfen, auch wenn deren Kognition – wie im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren gemäss Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB – auf die Überprüfung der Rechtmässigkeit beschränkt ist (vgl. Y. Hangartner, Behördenrechtliche Kognitionsbeschränkungen in der Verwaltungsrechtspflege, in: Mélanges Pierre Moor, Bern 2005, S. 319 ff., S. 324).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann und muss indessen das Gericht seine Kognition bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe einschränken, wenn die Gesetzesauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Entscheidbehörde einen zu respektierenden Beurteilungsspielraum einräumen wollte. Dies befreit es allerdings nicht davon, die Rechtsanwendung unter Beachtung der gebotenen Zurückhaltung auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen (vgl. BGER 2C_422/2008 vom 7. Oktober 2009 E. 2.2.2 mit Hinweis auf BGE 132 II 257 E. 3.2). Im Vergaberecht lässt sich diese Zurückhaltung mit dem Grundsatz rechtfertigen, dass die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse definiert, was sie beschaffen will, und mit der Beschwerde nicht erreicht werden kann, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie beschaffen will (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.1).

Schliesslich kann und soll das Gericht technisches Ermessen der Vorinstanz respektieren, wenn ihr eine besondere Fachkompetenz zukommt, die dem Gericht selber abgeht (vgl. BGE 139 II 185 E. 9.3 mit Hinweisen auf BGE 135 II 356 E. 3.1, 135 II 384 E. 2.2.2, 133 II 35 E. 3, 130 II 449 E. 4.1). Die Vorinstanz erfüllt die Aufgaben, die ihr der Gesetzgeber in Art. 12 und 13 in Verbindung mit Art. 26 des Polizeigesetzes (sGS 451.1, PG) übertragen hat. Wie bei anderen Behörden gehört eine spezifische Fachkompetenz im Informatikbereich nicht zum spezifischen Aufgabenbereich der



Vorinstanz. Allerdings kann sie aufgrund des täglichen Einsatzes, der kontinuierlichen Weiterentwicklung der speziell auf ihre Tätigkeit ausgerichteten Software und der spezifischen Kompetenz einzelner Fachverantwortlicher weit besser als das Gericht abschätzen, mit welchen praktischen Auswirkungen und insbesondere Risiken für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben deren Ersetzung durch die von der Beschwerdeführerin ins Spiel gebrachte Alternative verbunden wäre. Deshalb ist es gerechtfertigt, dass sich das Gericht bei der Beurteilung, ob es sich bei der Ablösung der zurzeit eingesetzten Software „ABI“ durch „Polis4“ um eine angemessene Alternative im Sinn von Art. 16 Ingress und lit. f VöB handelt, Zurückhaltung auferlegt und dabei insbesondere auf die vorinstanzliche Darstellung des entsprechenden Sachverhalts abstellt, soweit dieser für das Gericht als nachvollziehbar erscheint.

2.6.5. Ob eine Alternative angemessen ist, kann sich nicht allein anhand eines Vergleichs der Kosten der Alternative mit den Kosten des freihändig vergebenen Auftrags entscheiden. Vielmehr sind auch weitere Aspekte zu berücksichtigen, die sich auf die Wirtschaftlichkeit der Lösung im Sinn des Vergaberechts auswirken. Einzelne als Vorteile der Weiterentwicklung der bestehenden Lösung bezeichnete Merkmale stehen einem Systemwechsel nicht entgegen: Dem Hinweis auf die Weiterverwendung der Schnittstellen zu anderen Informationssystemen insbesondere des Bundes kann entgegen gehalten werden, dass wohl auch das von der Kantonspolizei Zürich eingesetzte „Polis4“ über die entsprechenden Schnittstellen verfügt. Gleiches gilt für die Schengen- und Datenschutzkonformität. Ob und inwieweit „Polis4“ mit dem weiteren Betrieb der von der Vorinstanz aktuell eingesetzten Hardware nicht vereinbar wäre, kann offen bleiben. Ins Gewicht fallen jedoch die folgenden von der Vorinstanz der Auffassung der Beschwerdeführerin, der Wechsel zu „Polis4“ stelle eine angemessene Alternative zur Erneuerung und Weiterentwicklung von „ABI3“ dar, entgegen gehaltenen Argumente: Die angestrebte Erneuerung und Weiterentwicklung mittels der Updates „myABI“ kann bei laufendem Betrieb und ohne Betriebsunterbruch erfolgen. Anders als bei einer Ablösung des bestehenden durch ein neues System erfordert sie keinen Parallelbetrieb oder eine doppelte Datenführung. Da das zentrale Fall-Datenregister nicht verändert wird, ist auch keine Datenmigration notwendig. Der Schulungsaufwand ist bei der Weiterentwicklung des bisherigen Systems vergleichsweise geringer (vgl. dazu insbesondere Ziffer 1.2 des Angebots; act. 8/ Beilage 3). Die Vorinstanz konkretisiert diese Umstände, indem sie geltend macht, die



sich im Kernel befindende Datenbank mit umfangreichen Fall- und Personendaten solle weiterverwendet, insbesondere nicht migriert werden. Bei einer Kombination von ABI mit einem anderen System müssten Schnittstellen entweder völlig neu geschaffen oder angepasst werden, was neben erheblichen Risiken von Datenverlust und Inkompatibilitäten einen immensen Aufwand und hohe Kosten zur Folge hätte. Sie wolle keinen Systemwechsel von Standard- zu Individualsoftware. Diese Aspekte lassen den Entscheid der Vorinstanz, neben der Weiterentwicklung des bisher eingesetzten Systems dessen Ablösung durch das von der Beschwerdeführerin ins Spiel gebrachte Produkt „Polis4“ nicht als angemessene Alternative in Betracht zu ziehen, nachvollziehbar erscheinen.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz – wie weitere Polizeikorps in der Schweiz – für die Erfüllung der polizeilichen Kernaufgaben seit zehn Jahren die Software „ABI“ einsetzt. Die Software automatisiert die Vorgangsbearbeitung, Journal, Rapportierung, Geschäftsverwaltung, Waffenregister, Archiv, und weitere Funktionen. Wie bei Standardsoftware üblich, verblieben die Schutzrechte des geistigen Eigentums bei der Beschwerdegegnerin als Leistungsbezügerin (vgl. Ziffer 24.4 AGB SIK). Möchte die Vorinstanz dieses System nicht ablösen, sondern weiterhin warten und weiterentwickeln lassen, kommt aufgrund der technischen Besonderheiten und wegen der Schutzrechte des geistigen Eigentums einzig die Beschwerdegegnerin als Anbieterin in Frage. Der Entscheid der Vorinstanz, die von der Beschwerdeführerin angebotene Software „Polis4“ nicht als angemessene Alternative zu betrachten, ist unter Berücksichtigung ihres technischen Ermessens bei der Beurteilung dieser Frage nachvollziehbar und vergaberechtlich zulässig. Unter diesen Umständen fällt die Beschwerdeführerin als mögliche Anbieterin nicht in Betracht. Auf ihre Beschwerde ist dementsprechend nicht einzutreten.

4. Die Beschwerdeführerin beantragt uneingeschränkte Einsicht insbesondere in die zwischen der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz abgeschlossenen Verträge und in das Angebot der Beschwerdegegnerin mit den dazugehörigen Vertragsentwürfen. Gemäss Art. 11 Ingress und lit. g IVöB wird bei der Vergabe von Aufträgen der Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen eingehalten. Offerten geniessen deshalb auch im Beschwerdeverfahren grundsätzlich den Schutz des Geschäftsgeheimnisses (vgl. BGE 139 II 489 E. 3.3, BGer 2P.173/2003 vom 9.



Dezember 2003 E. 2.5, 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1, 2C_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5 mit Hinweisen). Das Gesuch ist dementsprechend abzuweisen, zumal die Beschwerdeführerin sich ihrerseits ebenfalls auf die Vertraulichkeit ihrer eigenen Verträge beruft. Im Übrigen standen dem Gericht sämtliche von den Beteiligten als massgeblich erachteten Akten, auch soweit sie als vertraulich bezeichnet wurden, zur Verfügung.

5. Die Kosten des Zwischenverfahrens zum Gesuch der Beschwerdeführerin verblieben bei der Hauptsache. Das Gesuch war entgegen dem Antrag der Vorinstanz gutzuheissen. Dementsprechend sind die amtlichen Kosten für den Zwischenentscheid vom 15. Juni 2016 von der Vorinstanz zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'300 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12, GKV). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Bei diesem Ausgang hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren ausseramtlich zu entschädigen. Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin haben keine Kostennote eingereicht. Eine Entschädigung von CHF 2'000 zuzüglich CHF 80 pauschale Barauslagen erscheint angemessen (Art. 6, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 963.75, HonO). Die Beschwerdeführerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihrer Rechtsvertreter belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Die Kosten des Hauptverfahrens sind seinem Ausgang entsprechend – auf die Beschwerde ist nicht einzutreten – der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 6'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 GKV). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin in der Höhe von CHF 7'300 geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. CHF 1'300 sind ihr zurückzuerstatten.

Die Vorinstanz hat sich im Beschwerdeverfahren anwaltlich vertreten lassen und die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Entschädigungsfolge



beantragt. Sie dringt mit ihrem Antrag zwar durch, hat jedoch als Gemeinwesen keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829; VerwGE B 2014/203 vom 25. Mai 2016 E. 5.2 mit Hinweisen; zur bundesrechtlichen Regelung in Art. 68 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, SR 173.110, BGE 134 II 117). Hingegen hat die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin, welche ebenfalls die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten sei, unter Entschädigungsfolge beantragte, zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP). Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin haben keine Kostennote eingereicht. Eine Entschädigung von CHF 6'000 zuzüglich pauschale Barauslagen von CHF 240 (vier Prozent von CHF 6'000) erscheint angemessen (Art. 6, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28bis Abs. 1 HonO). Die Beschwerdegegnerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihrer Rechtsvertreter belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, www.gerichte.sg.ch; Hirt, a.a.O., S. 194).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Der Staat (Kantonspolizei) bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'300. Die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 6'000 bezahlt die Beschwerdeführerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'300. CHF 1'300 werden ihr zurückerstattet.
3. Der Staat (Kantonspolizei) entschädigt die Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren mit CHF 2'000 zuzüglich CHF 80 Barauslagen ohne Mehrwertsteuer. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin mit CHF 6'000 zuzüglich CHF 240 Barauslagen ohne Mehrwertsteuer.

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer