



**Fall-Nr.:** B 2017/154  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 03.08.2017  
**Entscheiddatum:** 03.08.2017

### **Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 03.08.2017**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Vergabe Elektronische Prüfung und Abwicklung von Spitalrechnungen (ELPAS). Eine von der Regierung beschlossene Vergabe eines Auftrag über rund CHF 4,2 Mio wird gestützt auf eine im Regierungsbeschluss enthaltene Ermächtigung durch das verfahrensleitenden Departement neu verfügt und allen Anbietern mittels „Verfügung betreffend Zuschlag“ eröffnet. Seitens der Beschwerdeführerin wird beanstandet, dass die berücksichtigte Firma ein Angebot als Anbietergemeinschaft eingereicht habe, was ausschreibungswidrig sei. Es zeigt sich, dass die Vergabebehörde ihr Im Rahmen der Offertbereinigung Gelegenheit geboten hat, das Angebot zu bereinigen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Zuschlag unter Verletzung zwingender Formvorschriften des Vergaberechts ergangen sein könnte, erscheint die Beschwerde als ausreichend begründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/154).**

Verfahrensbeteiligte

**Glaux Soft AG**, Steigerhubelstrasse 3, 3008 Bern,

**Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,**

vertreten durch Dr. iur. Carole Gehrer Corday und/oder Dr. iur. Claudia Oesch,  
SwissLegal asg.advocati, Kreuzackerstrasse 9, 9000 St. Gallen,

gegen



## St.Galler Gerichte

**Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen**, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,

**Vorinstanz und Gesuchsgegner,**

und

**Stammgemeinschaften Schweiz AG**, Ikarusstrasse 9, 9016 St. Gallen,

**Beschwerdegegnerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Pascal Koch und/oder M.A. HSG in Law Marion Enderli, Hänzi & Koch Anwaltsbüro, Achslenstrasse 13, 9016 St. Gallen,

Gegenstand

**Vergabe Elektronische Prüfung und Abwicklung von Spitalrechnungen (ELPAS)**

### **Der Abteilungspräsident stellt fest:**

Die Glaus Soft AG (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen (Vorinstanz) am 6. Juli 2017 verfügten und von der Beschwerdeführerin am 10. Juli 2017 entgegengenommenen Zuschlag zur Beschaffung einer Servicedienstleistung für die elektronische Prüfung und Abwicklung von Spitalrechnungen (ELPAS) für einen Verbund von 13 Nutzerkantonen zum Preis von Fr. 4'167'225 ohne Mehrwertsteuer an die Stammgemeinschaften Schweiz AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterinnen vom 18. Juli 2017 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat der Vorinstanz



## St.Galler Gerichte

mit verfahrensleitender Verfügung vom 19. Juli 2017 den Abschluss des Vertrages einstweilen untersagt.

Die Beschwerdegegnerin reichte am 24. Juli 2017 unter Verweis auf den ihr im Verfahren zustehenden Geheimhaltungsanspruch eine Desinteressenerklärung. Die Vorinstanz beantragte mit - vorerst vom Leiter Rechtsdienst unterzeichneter - Vernehmlassung vom 25. Juli 2017 Abweisung von Gesuch um aufschiebende Wirkung und Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Eine von der Departementsvorsteherin nachträglich unterzeichnete Eingabe steht noch aus.

### **Der Abteilungspräsident erwägt:**

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über die aufschiebende Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 VRP). Auf das Abwarten einer vor dem Erlass vorliegender Zwischenverfügung von der Departementsvorsteherin nachträglich unterzeichneten Vernehmlassung der Vorinstanz (Art. 43<sup>bis</sup> Abs. 2 Ingress und lit. d VRP) kann aufgrund des Ausganges dieses Zwischenverfahrens verzichtet werden.

2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. 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 Beschwerdeführerin führt zum Antrag betreffend aufschiebende Wirkung aus, es stünden für sie erhebliche wirtschaftliche (private) Interessen auf dem Spiel, ansonsten der Primärrechtsschutz gar entfallen würde. Eine von ihr angebotene, die verlangten Funktionalitäten weitgehend erfüllende Lösung sei im Kanton Basel-Stadt bereits produktiv und müsste lediglich um von der Vergabebehörde spezifizierte Funktionen erweitert werden. Überwiegende entgegenstehende öffentliche oder private Interessen würden nicht vorliegen. Insbesondere liege keine Dringlichkeit vor, zumal die bestehende Lösung vertraglich in jedem Fall noch bis Ende 2018 unterstützt werde. Ferner sei davon auszugehen, dass der bestehende Vertrag, bzw. allfällige bestehende Verträge, eine Verlängerungsoption enthielten und verlängert werden könnten. Daher sei auch das von der Vorinstanz im ersten Verfahren (B 2017/124) geltend gemachte Risiko, dass bei einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab 2019 Spitalrechnungen nicht mehr geprüft und abgerechnet werden, gar nicht gegeben. Hinzu komme, dass lediglich für zwei Kantone (St. Gallen und Freiburg) aus dem abzuschliessenden Rahmenvertrag eine Verpflichtung zur Inanspruchnahme der Grundleistung entstehe, während die optionalen Leistungen in Einzelverträgen separat - auch später - abgerufen werden könnten. Für die übrigen 11 Kantone entstehe vorerst gar keine Verpflichtung, weder zur Inanspruchnahme der Grundleistung noch von optionalen Leistungen. Ein allfälliger Einwand, wonach ein Angebot nur eine beschränkte zeitliche Gültigkeit aufweise, sei zu relativieren, weil eine Angebotsgültigkeit unschwer verlängert werden könne. Der zeitliche Ablauf des Vergabeverfahrens (der Zuschlag sei 4 Monate nach der Offertöffnung erfolgt) zeige die relative Bedeutung der Dringlichkeit.

Die Vorinstanz macht geltend, der Erteilung stünden überwiegende öffentliche Interessen entgegen. Die seit rund 10 Jahren bestehende Web-Plattform stünde am Ende ihres Lebenszyklus und werde technisch und vertraglich nur noch bis Ende 2018 unterstützt. Ihre umgehende Ablösung sei sowohl bezüglich Verfügbarkeit und Performance, aber auch zufolge Sicherheitsbedrohungen aus dem Internet (Ransomware, wie bspw. WannaCry), dringend. Die Sicherstellung eines Weiterbetriebes über Ende 2018 hinaus wäre mit enormen Kostenfolgen verbunden, wobei hierfür ein ungeeignetes Provisorium zur Anwendung gelangen würde, das rasch möglichst ersetzt werden müsste. Dass die Plattform am Ende ihrer Lebenszeit angelangt sei, zeige sich am Umstand, dass der ursprüngliche Rahmenvertrag bereits am 31. Dezember 2015 abgelaufen sei. Der Kanton Zürich sei auf diesen Zeitpunkt hin



aus dem Vertrag ausgestiegen, weshalb der Rahmenvertrag nicht mehr habe verlängert werden können und durch auf 3-Jahre befristete Einzelverträge habe ersetzt werden müssen. Seit Mai 2015 habe auf funktionale Ausbauten der Plattform verzichtet werden müssen; diese sollen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit erst in der Folgelösung realisiert werden. Die beantragte Erteilung der aufschiebenden Wirkung hätte weitreichende Konsequenzen. Insbesondere werde dadurch der rechtmässig Vollzug der Spitalfinanzierung im stationären Bereich gefährdet.

**2.2.** IT-Projekte wie das vorliegende sind komplex und insbesondere in ihrer Planung und Umsetzung regelmässig äusserst anspruchsvoll, aber auch zeit- und kostenintensiv. Vorliegend soll eine im Jahr 2008 von 14 Kantonen beschaffte, (nach dem Ausscheiden des Kantons Zürich) noch in 13 Kantonen (AI, AR, FR, GL, GR, JU, SG, SH, SZ, TI, VD und VS) verwendete IT-Lösung durch eine neue Lösung ersetzt werden. Dass die bisherige Lösung am Ende ihrer technischen und vertraglichen Lebensdauer steht und ersetzt werden muss, ist auch seitens der Beschwerdeführerin unbestritten. Sie bestreitet in diesem Zusammenhang einzig, dass dies zwingend per Ende 2018 erfolgen müsse. Fest steht, dass der Einhaltung der geplanten Termine der einzelnen Teilphasen für die zeitlich zuverlässige Planbarkeit der erforderlichen Vor- und Umstellungsarbeiten für die Ablösung der in die Jahre gekommenen IT-Lösung innert absehbarer Frist ein grosses Gewicht zukommt. So etwa bezüglich der von der Vorinstanz angeführten Verfügbarkeit, der Performance und den aktuellen Sicherheitsbedrohungen, oder aufgrund der Notwendigkeit funktionale Ausbauten der Plattform umgehend nachzuholen. In dem mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebenen „Pflichtenheft zum Projekt ELPAS“ war entsprechend auch ein Zeitplan (Ziffer 2.4) angeführt (Grundleistungen GL01 [Initiale Bereitstellung der ELPAS-Plattform für die Kantone St. Gallen und Freiburg] im Zeitraum 3. Quartal 2017 - 2. Quartal 2018 und GL 02 [Nutzungsrecht für die Plattform für die zwei Kantone] im Zeitraum 1. Quartal 2018 - 4. Quartal 2018). Dass ein mehrmonatiges Beschwerdeverfahren den ambitionierten Zeitplan (vorgesehener Projektstart 3. Quartal 2017) in Frage stellen würde, ist offenkundig. Ebenso, dass damit die weiteren Planungs- und Umstellungsphasen - sei es für die beiden Initialkantone, sei es für die 11 Folgekantone - verzögert würden. Fest steht aber auch, dass bei einer Zeitplanung, wie der vorgesehenen, die Möglichkeit, dass Rechtsmittel ergriffen werden, berücksichtigt werden müsste. Der vorgegebene Zeitplan erweist sich unter diesem Aspekt als wohl



zu „sportlich“, zumal er im Lichte des zeitlichen Ablaufs des Vergabeverfahrens betrachtet - selbst ohne Berücksichtigung der Möglichkeit einer Beschwerde gegen den streitigen Zuschlag - kaum mehr eingehalten werden kann. Es darf sodann davon ausgegangen werden, dass die bestehenden Einzelverträge auch über den Vertragszeitraum 2018 hinaus verlängert werden können, wenn solches letztlich auch mit nicht unerheblichen Kosten verbunden wäre. Für eine Verlängerung über den bisherigen Vertragszeitraum hinaus spricht auch der Umstand, dass lediglich 2 Kantone zur Inanspruchnahme der Grundleistungen (GL1 noch im 2017, GL2 im 2018) gemäss Ausschreibung verpflichtet sind, wohingegen diese 11 Kantone diese zu einem späteren Zeitpunkt abrufen können, aber nicht zwingend müssen. Mit der Beschwerdeführerin ist sodann davon auszugehen, dass die zeitliche Gültigkeit der Angebote ebenfalls einvernehmlich verlängert werden könnte. Bei der geschilderten Sachlage ist unschwer gesagt, dass im vorliegenden Fall dem Argument der geltend gemachten erheblichen Dringlichkeit vergaberechtlich nur eine beschränkte Bedeutung zukommen kann. Entsprechend vermag das öffentliche Interesse an der raschen und zeitgerechten Umsetzung der die Interessen von 13 Kantonen beschlagenden Vergabe im Vergleich zum gleichermassen öffentlichen Interesse, die Einhaltung des Beschaffungsrechts bei einem Beschaffungsgegenstand mit einem Auftragsvolumen von immerhin rund 4,5 Millionen Franken und einer Preisdifferenz zwischen den Entscheid relevanten Angeboten von knapp 1 Million Franken zu gewährleisten, nicht zu überwiegen.

**3.** Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie kenne den der Zuschlagsverfügung zugrunde liegenden Regierungsbeschluss nicht und macht sinngemäss unter Verweis auf Art. 39 i.V. mit Art. 42 Finanzhaushaltsverordnung (FHV, sGS 831.1) verfahrensrechtliche und inhaltliche Mängel am vorinstanzlichen Vorgehen geltend.

Bei summarischer Würdigung können die geltend gemachten Mängel am vorinstanzlichen Vorgehen, so etwa u.a. bereits aufgrund der in der FHV enthaltenen Zuständigkeitsordnung eines Departementes für die Verwendung bewilligter Kredite, nicht ohne weiteres als haltlos bezeichnet werden. Mit Regierungsbeschluss vom 6. Juni 2017/Nr. 388 hat die Regierung den Auftrag ELPAS um Preis von Fr. 4'167'225 (ohne MWST) an die Beschwerdegegnerin vergeben (Dispositivziffer 2), was angesichts der Fr. 500'000 übersteigenden Vergabesumme (Art. 42 Abs. 1 FHV e contrario) denn



auch geboten war. Ferner ermächtigte sie die Vorinstanz (Dispositivziffer 3), namens des Kantons St. Gallen und der mitbeteiligten Kantone den Zuschlag zu verfügen und auf SIMAP zu veröffentlichen (Dispositivziffer 3). Die Vorinstanz hat in der Folge den Zuschlag auf SIMAP und im Amtsblatt Nr. 24 vom 12. Juni 2017 ordentlich publiziert. Parallel dazu hat sie nun aber im Rahmen einer eigenständigen „Verfügung betreffend Zuschlag“ den Auftrag an die Beschwerdegegnerin erneut vergeben, ohne darin (formal und/oder materiell) auf die in den Zuständigkeitsbereich der Regierung fallende und von dieser bereits beschlossenen Vergabe Bezug zu nehmen. Ebenso hat sie von der Zustellung des der Vergabe zugrunde liegenden Regierungsbeschluss an die Anbieter abgesehen. Bei diesem Vorgehen stellen sich vergaberechtlich von Amtes wegen verschiedene Fragen, deren Beantwortung den Rahmen einer Prima-Facie-Würdigung bei weitem übersteigen. So etwa, ob die in Dispositivziffer 3 des Regierungsbeschlusses aufgenommene Delegation an die Vorinstanz zu selbständiger Verfügung des Zuschlags vergaberechtlich (Art. 35 VöB) überhaupt zulässig sein kann? Aber auch, ob es anstelle einer neuen Zuschlagsverfügung durch die Vorinstanz nicht mit der Einladung an dieselbige zur ordentlichen Publikation des Zuschlags auf SIMAP und im Amtsblatt sowie der Eröffnung des Zuschlages (indes unter Beilage des der Vergabe zugrunde liegenden, begründeten Regierungsbeschlusses mit Rechtsmittelbelehrung) an alle Anbieter sein Bewenden hätte haben müssen? Entsprechend ist vorliegend bereits fraglich, ob im Umstand, dass die Vorinstanz im konkreten Fall den streitbezogenen Auftrag mit einer Vergabesumme von Fr. 4'167'225.-- mittels einer selbständigen „Verfügung betreffend Zuschlag“ vergeben hat, nicht ein Verfahrensmangel (bspw. eine fehlerhafte Eröffnung) erblickt werden müsste (Art. 35 VöB; Art. 42 Abs. 2 FHV i.V. mit Art. 5 ErmV [sGS 141.41]; vgl. „Galli/Moser/Lang/Steiner“, a.a.O., Rz. 1269), und, welche Konsequenzen bspw. ein allfälliger Eröffnungsmangel für das streitige Vergabeverfahren im Allgemeinen und den Ausgang des pendenten Beschwerdeverfahrens im Speziellen haben könnte (vgl. etwa VerWG B2005/199 vom 6. Dezember 2005, E. 2b, auf [www.gerichte.sg](http://www.gerichte.sg)).

**4.** Die Beschwerdeführerin stellt in Frage, ob die gemeinsame Beschaffung der 13 Kantone durch das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen überhaupt zulässig sei, bzw. und ob die Vorinstanz über die nötige Kompetenz verfüge, um für die beteiligten Kantone verbindlich den vorliegenden Dienstleistungsauftrag zu erteilen,



sowie alsdann einen entsprechenden Vertrag abzuschliessen. In der Lehre („Galli/Moser/Lang/Steiner“, a.a.O., Rz 1093) werde dies jedenfalls verneint.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass der angeführte Verweis auf die Lehre nicht einschlägig sei, weil ihm eine andere Fallkonstellation zugrunde liege. Bereits aus der Publikation des ausgeschriebenen Auftrags (Ziffer 1.1, Kantonsamtsblatt vom 19. Dezember 2016) sei hervorgegangen, dass die 13 Kantone gemeinsam Vertragspartei seien. Aus Ziffer 2.6 ergebe sich unschwer, dass der Zuschlagsempfänger mit all diesen Kantonen einen Rahmenvertrag abschliesse. Die Vergabe sei gestützt auf Art. 8 Abs. 3 IVöB erfolgt mit dem Ziel, gestützt auf den Zuschlag einen gemeinsamen Auftrag zu erteilen. Daran ändere der bereits in Ziffer 2.6 des Pflichtenheftes transparent dargelegte Vorbehalt, dass nur die Kantone St. Gallen und Freiburg die Grundleistungen GL1 und GL2 beziehen müssten, nichts. Die anderen Kantone hätten die Grundleistungen GL1 und GL2 basierend auf dem Rahmenvertrag zu beziehen; es bliebe ihnen kein Raum mehr für irgendwelche Verhandlungen. Dies gelte auch für den Fall, wenn sie Optionen (OP01 - OP05) beziehen möchten (Ziffern 2.4 und 2.6 des Pflichtenheftes). Ferner macht sie geltend, die aufgeworfene Frage könne zufolge Verspätung gar nicht mehr zum Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens gemacht werden, weil diesbezüglich gegen die Ausschreibung opponiert hätte werden müssen.

Die vorinstanzliche Entgegnung trifft im Ergebnis zu. Abgesehen davon, dass seitens sämtlicher beteiligter Kantone eine schriftliche Zustimmung zur gemeinsamen Beschaffung zu den Akten gegeben wurde, gilt die am 19. Dezember 2016 (auf SIMAP und im Amtsblatt) erfolgte Ausschreibung gemäss Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit a IVöB als selbständig anfechtbare Verfügung. Sie war denn auch mit der notwendigen Rechtsmittelbelehrung versehen. Ein Anbieter wiederum, der sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen hat, obwohl er bereits aus der Ausschreibung ein möglicherweise vergaberechtswidriges Ergebnis des Zuschlagsverfahrens erkennen konnte, verstösst gegen Treu und Glauben, wenn er die entsprechende Rüge erst im Verfahren gegen den Zuschlag vorbringt. Weil die Tragweite der gemeinsamen Beschaffung der 13 beteiligten Kantone durch die Vorinstanz -insbesondere die Bedeutung des Beschaffungsentscheides der Regierung des Kantons St. Gallen für die Vergabebehörden der weiteren Kantone - und die Modalitäten (Leistungsgegenstand mit Grundleistungen und Optionen; Abschluss eines Rahmenvertrages mit dem



Zuschlagsempfänger; Modalitäten für den Bezug von Optionen, etc.) für die Beschwerdeführerin aufgrund der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen (u.a. Pflichtenheft, Ziffern 2.3 ff.) ohne weiteres klar ersichtlich war, besteht insbesondere bei der im vorliegenden Zwischenverfahren gebotenen summarischen Prüfung kein Anlass, die vorgebrachte Rüge ausnahmsweise im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung zuzulassen (vgl. dazu GVP 2015 Nr. 41).

**5.** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Zuschlagsempfängerin habe zuerst ein Angebot als Bietergemeinschaft eingereicht, was ausschreibungswidrig sei und den Ausschluss zur Folge hätte haben müssen. Die Vergabestelle habe ihr gemäss Evaluationsbericht stattdessen eine Nachfrist angesetzt, innerhalb welcher das streitbezogene Angebot der Bietergemeinschaft in ein Angebot als Generalunternehmer mit deklarierten Subunternehmern abgeändert worden sei.

Die Vorinstanz stellt das Vorliegen einer Bietergemeinschaft in Abrede. Zwar sei - indes offensichtlich irrtümlich - im Angebot vom 24. Februar 2017 das Wort Anbietergemeinschaft (so in Anhang 1 zu EK01: Vergleiche hierzu PowerPoint „Angaben zur Anbietergemeinschaft“) verwendet worden. Es sei aber von Beginn weg klar gewesen, dass die Beschwerdegegnerin die Federführung inne habe und Auftragnehmerin sei und die beiden weiteren angeführten Firmen durch sie beauftragt würden. Der Klarheit halber habe sie (Vorinstanz) mit Mail vom 8. März 2017 bei der Beschwerdegegnerin nachgefragt. Diese habe die missverständliche Formulierung daraufhin korrigiert: „Vergleiche hierzu PowerPoint Angaben zur Generalunternehmung“. Aus dem offensichtlichen Versehen einen Ausschlussgrund zu konstruieren, gehe fehl und wäre wohl als überspitzt formalistisch.

**5.1.** Gemäss Art. 28 VöB reicht der Anbieter den Antrag auf Teilnahme und das Angebot der in der Ausschreibung bezeichneten Stelle innert der bekannt gegebenen Frist schriftlich, unterzeichnet und vollständig ein (Abs. 1); Antrag auf Teilnahme und Angebot sind vollständig, wenn alle vom Auftraggeber verlangten Unterlagen vollständig ausgefüllt eingereicht werden (Abs. 4). Der Auftraggeber prüft gemäss Art. 31 VöB die Angebote nach einheitlichen Kriterien (Abs. 1), korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler (Abs. 2) und kann – sind Angaben eines Angebots unklar – vom Anbieter Erläuterungen verlangen, die schriftlich festgehalten werden



(Abs. 3). Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn der Anbieter wesentliche Formvorschriften dieser Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf (und soll) aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss einer Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (vgl. BGer 2D\_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b IVöB verbietet es, dass die Vergabebehörde oder ein Submittent im Rahmen der Offertbereinigung ein Angebot ergänzt oder ändert. Vorbehalten bleibt einzig die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern, wie Rechen- oder Schreibfehler, soweit darin nicht eine Benachteiligung der Mitbewerber liegt (vgl. „Galli/Moser/Lang/Steiner“, a.a.O., Rz. 684). Es ist deshalb nicht zulässig, ein Angebot, welches die ausgeschriebenen Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen teilweise nicht einhält (ohne eine zulässige Variante zu sein) und damit wegen Ausschreibungswidrigkeit auszuschliessen wäre, via Verhandlungen ausschreibungskonform zu machen (vgl. den Hinweis bei „M. Beyeler“, Vergaberechtliche Urteile 2012 – 2013, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 467 ff., S. 532 f.).

**5.2.** Fest steht, dass die Bildung von Bietergemeinschaften bereits in der Ausschreibung ausdrücklich ausgeschlossen worden ist (vgl. Publikation im Amtsblatt vom 19. Dezember 2016, S. 3618; Ziff. 3.6 der Ausschreibung sowie Pflichtenheft Kapitel 9.9.4). Am 24. Februar 2017 hat die heutige Beschwerdegegnerin zusammen mit der ti&m AG ein Angebot eingereicht. Dieses war als „unser Angebot“ bezeichnet und von den Verantwortlichen der Stammgemeinschaften Schweiz AG und der ti&m AG eigenhändig unterzeichnet (S. 2 des Angebotes). Der Willen zum gemeinsamen Auftritt zeigt sich auch im Layout der Offertdokumente im Allgemeinen und der damit eingereichten Unterlagen im Speziellen: so bspw. in der ELPAS-Agenda (S. 3), im Organigramm der beteiligten Firmen (S. 4 „Anbietergemeinschaft - Vorstellung“) und in der Umschreibung im Management Summary (S. 5 „Warum eine Anbietergemeinschaft“). Explizit wird darin immer von einer Anbietergemeinschaft gesprochen. Die mit der Offertbewertung betrauten Verantwortlichen haben die



Anbieterinnen in der Folge mit Mail vom 8. März 2017 unter Hinweis auf die Unzulässigkeit des Angebots einer Bietergemeinschaft aufgefordert, innert Frist eine bereinigte Offerte einzureichen. Am 13. März 2017 hat die Beschwerdegegnerin ein sowohl inhaltlich als auch layoutmässig bereinigtes Angebot eingereicht. Als Anbieterin tritt nunmehr nur noch die Stammgemeinschaften Schweiz AG, welche neu als Generalunternehmer bezeichnet wird (so bspw. in der ELPAS-Agenda [S. 3], im Organigramm /Vorstellung [S. 4]) oder in der [im Wortlaut geänderten] Umschreibung im Management Summary [S. 5]). Ob im darin noch eine (zulässige) Korrektur eines relativ geringfügigen Mangels, oder eines unbeabsichtigten Versehens erblickt werden kann, ist aufgrund der skizzierten Gegebenheiten und im Lichte der zitierten Lehre betrachtet äusserst fraglich. Auf jeden Fall stellt sich die Frage, ob nicht bereits das „erste“ Angebot vom 24. Februar 2017 als unzulässiges Angebot einer Bietergemeinschaft qualifiziert und ausgeschlossen hätte werden müssen. Mit Blick auf das „bereinigte“ neue Angebot vom 13. März 2017 stellt sich ferner die Frage, ob dadurch der Anbieter/Vertragspartner nachträglich insofern abgeändert worden ist (BGE 2P.47/2003. E. 3.2), als damit ein (vergaberechtlich verpönter) Anbieterwechsel erfolgt ist. Letzteres wäre rechtsprechungsgemäss unzulässig und hätte die Ungültigkeit der „neuen“ Offerte zur Folge.

**6.** Im Lichte des oben Ausgeführten (Ziffern 3 und 5) kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass der streitige Zuschlag - selbst unter Berücksichtigung des der Vorinstanz zuzustehenden Ermessensspielraumes und des Verbotes des überspitzten Formalismus - unter Verletzung massgeblicher und zwingender Formvorschriften des Vergaberechts ergangen sein könnte. Bei der gebotenen summarischen Prüfung erscheint die Beschwerde daher als ausreichend begründet, weshalb ihr die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

**7.** Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 23. August 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Die Gerichtsferien gelten nicht (Art. 15 Abs. 4 IVöB). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.



8. Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

### **Der Abteilungspräsident 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. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhalten Gelegenheit, bis 23. August 2017 materiell zur BeschwerdeStellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Es gelten keine Gerichtsferien. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
4. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Abteilungspräsident

Zürn