



Fall-Nr.: B 2016/223
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.02.2020
Entscheiddatum: 25.11.2016

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 25.11.2016

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 12 Abs. 1 lit. a VöB. Die Staatskanzlei hat die Anbieterin vom Verfahren zur Vergabe der Installation und des Betriebs der elektronischen Abstimmung (Remote E-Voting) mit der Begründung ausgeschlossen, sie erfülle zwei Eignungskriterien, welche die Anbieterin bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung beanstandet hatte, nicht. Der Beschwerde gegen die Ausschreibung war keine aufschiebende Wirkung gewährt worden. Dieser Entscheid wurde unangefochten rechtskräftig. Zur Frage der Zulässigkeit der umstrittenen Eignungskriterien kann die Beschwerdeführerin deshalb lediglich noch ein Feststellungsurteil, nicht aber eine Wiederholung der Ausschreibung erwirken. Für das weitere Vergabeverfahren bedeutet dies, dass eingereichte Angebote unter Berücksichtigung auch der umstrittenen Eignungskriterien beurteilt und gegebenenfalls ausgeschlossen werden können. Andernfalls hätte die Beschwerde gegen die Ausschreibung faktisch aufschiebende Wirkung, obwohl das entsprechende Gesuch rechtskräftig abgewiesen wurde. Dass die Anbieterin zwei Eignungskriterien nicht erfüllt, ist unbestritten. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Verfahren gegen den Ausschluss ist deshalb abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2016/223).

Verfügung vom 25. November 2016

Verfahrensbeteiligte

emineo AG, Zweigniederlassung Zürich, Pfingstweidstrasse 106, 8005 Zürich,

Beschwerdeführerin,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb und/oder Dr. Martin Zobl,
Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,

gegen

Kanton St. Gallen, Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand

Vergabe Installation und Betrieb E-Voting im Kanton St. Gallen (Ausschluss vom Verfahren) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

A. Die Staatskanzlei hat am 27. Juni 2016 die Arbeiten zur Installation und zum Betrieb der elektronischen Abstimmung (Remote E-Voting) im Kanton St. Gallen im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die emineo AG erhob gegen diese Ausschreibung am 7. Juli 2016 beim Verwaltungsgericht Beschwerde (B 2016/157). Sie machte geltend, die Eignungskriterien 1 und 2 – Bewilligung des Bundesrats zum Einsatz des angebotenen Systems in mindestens einem Kanton, eine Referenz für eine erfolgreich realisierte oder sich im Aufbau befindliche Lösung in einem Kanton – führten zu einer vergaberechtswidrigen Beschränkung auf lediglich zwei Anbieter; ihr System werde von vornherein und kategorisch vom Beschaffungsverfahren ausgeschlossen (Rz. 38 der damaligen Beschwerde). Der Präsident des Verwaltungsgerichts wies das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, mit Zwischenverfügung vom 21. Juli 2016 ab mit der Begründung, bei der gebotenen summarischen Beurteilung sei nachvollziehbar, dass der Kanton St. Gallen bei der Realisation des E-Voting nicht in ein früheres Stadium des Projekts zurückfallen und bereits geleisteten Entwicklungsaufwand mit einem neuen Anbieter erneut erbringen wolle. Das gelte umso mehr, als die organisatorischen, technischen und politischen Herausforderungen im Rahmen eines übergreifenden Projekts von Bund und Kantonen bewältigt werden sollen. Der Entwicklungsaufwand erschiene bei dem von der emineo / POLYAS GmbH angebotenen System als beträchtlich, da es bisher bei nicht-



St.Galler Gerichte

politischen Wahlen mit geringem Angriffspotenzial – Vereinswahlen und Gremienwahlen im Bildungs- und Forschungsbereich – eingesetzt worden sei. Die Zwischenverfügung wurde unangefochten rechtskräftig.

B. Innert der mit der Zwischenverfügung vom 21. Juli 2016 bis 25. August 2016, 12.00 Uhr, erstreckten Frist reichte die emineo AG der Staatskanzlei des Kantons St. Gallen ein Angebot ein. Die Staatskanzlei des Kantons St. Gallen schloss am 25. Oktober 2016 das Angebot der emineo AG aus mit der Begründung, die Offerte erfülle gemäss Selbstdeklaration und auch nach eingehender Prüfung der Unterlagen die Eignungskriterien 1 und 2 nicht.

C. Die emineo AG (Beschwerdeführerin) hat gegen den von der Staatskanzlei des Kantons St. Gallen (Vorinstanz) verfügten Ausschluss mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 7. November 2016 unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende rechtzeitig Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Da die Vorinstanz bereits am 31. Oktober 2016 den Zuschlag erteilt hatte, untersagte der Präsident des Verwaltungsgerichts ihr mit verfahrensleitender Verfügung vom 9. November 2016 einstweilen den Vertragsabschluss. Nachdem die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 8. November 2016 auch die Zuschlagsverfügung beim Verwaltungsgericht angefochten hatte (B 2016/225), erhielt die Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 10. November 2016 Gelegenheit, sich zum Gesuch um aufschiebende Wirkung vernehmen zu lassen und die Vergabeakten einzureichen. Mit Eingabe vom 16. November 2016 beantragte sie, es sei auf die Beschwerde, eventualiter auf das Begehren um aufschiebende Wirkung, nicht einzutreten, subeventualiter seien das Begehren um aufschiebende Wirkung und die Beschwerde abzuweisen.

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

Der Präsident erwägt:

1. Der Präsident des Verwaltungsgerichts ist gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) zur Behandlung des Gesuchs um



Gewährung der aufschiebenden Wirkung zuständig. Demgegenüber fällt der Entscheid über die Beschwerde in die Zuständigkeit des Kollegialgerichts (vgl. Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, EGöB, in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 Satz 2 des Gerichtsgesetzes, sGS 941.1, GerG). Der vorinstanzliche Hauptantrag – die Anträge zum Begehren um aufschiebende Wirkung werden eventualiter und subeventualiter gestellt – um Abweisung der Beschwerde kann deshalb im Zwischenverfahren um aufschiebende Wirkung nicht behandelt werden.

Die Vorinstanz beantragt eventualiter, es sei auf das Gesuch nicht einzutreten. Diesen Antrag begründet sie mit der fehlenden Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin, die wegen unbestrittenermassen nicht erfüllter Eignungs- und Muss-Kriterien keine Aussicht auf den Zuschlag habe und damit nicht über ein schutzwürdiges Interesse verfüge. Weder die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) noch das kantonale Einführungsrecht dazu regeln die Voraussetzungen, unter denen auf ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht einzutreten ist, ausdrücklich. Dies gilt auch für Bestimmungen zur aufschiebenden Wirkung und zu den vorsorglichen Massnahmen im st. gallischen Verwaltungsverfahrenrecht (vgl. Art. 51 und 18 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Art. 103 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110, BGG) setzt – soweit nicht von Amtes wegen eine „andere Anordnung“ getroffen wird – lediglich den Antrag einer Partei voraus. Zur Erhebung eines Rechtsmittels ist gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 VRP befugt, wer ein eigenes schutzwürdiges Interesse „dort“ hat. Da im Verfahren über die aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen lediglich eine summarische Prüfung erfolgt, ist auch die Frage der Beschwerdelegitimation lediglich summarisch zu prüfen. Bei der Beurteilung, ob die Beschwerde ausreichend begründet erscheint, kann deshalb auch die Frage der Legitimation von Bedeutung sein (vgl. dazu nachfolgend Erwägung 2.2.4).

2. Die aufschiebende Wirkung kann erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 5 EGöB in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 IVöB).



2.1. Bei der Prüfung der einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung und damit einer Verzögerung der Realisation des E-Voting im Kanton St. Gallen entgegen stehenden privaten und öffentlichen Interessen hielt der Präsident des Verwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren betreffend die Ausschreibung fest, der Auftrag der Regierung, für das vom Bundesrat für die eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen nicht mehr zugelassene E-Voting-System umgehend ein Nachfolgesystem zu evaluieren, könne für sich allein nicht dazu führen, dass vergaberechtliche Grundsätze nicht mehr zu beachten seien. Die Kantone seien bundesrechtlich nicht verpflichtet, für Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer den elektronischen Abstimmungskanal auf einen bestimmten Zeitpunkt hin einzurichten. Die Vorinstanz bringe keine besonders gewichtigen, einer Gewährung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende öffentlichen Interessen vor. Ergänzend kann auf die Erwägung 2.1 der Präsidentialverfügung vom 21. Juli 2016 verwiesen werden.

2.2.

2.2.1. Ob die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint, ist anhand der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe mit Blick auf die einschlägigen Rechtsnormen summarisch zu prüfen. Gegenstand ist vorliegend die Rechtmässigkeit des Ausschlusses. In erster Linie ist zu beurteilen, ob das Angebot der Beschwerdeführerin die Eignungskriterien erfüllt (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2). Die Beschwerdeführerin macht auch im Beschwerdeverfahren gegen den Ausschluss geltend, die von ihr nicht erfüllten und bereits im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung beanstandeten Eignungskriterien seien rechtswidrig. Deshalb ist bei der Beurteilung, ob die Beschwerde gegen den Ausschluss begründet ist, die Bedeutung des Umstandes zu würdigen, dass der Beschwerde gegen die Ausschreibung keine aufschiebende Wirkung gewährt worden ist (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.3). Schliesslich ist in diesem Zusammenhang auch die – von der Vorinstanz zu Recht aufgeworfene – Frage der Legitimation der Beschwerdeführerin (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1342 mit Hinweisen in Fussnote 3110; dazu nachfolgend Erwägung 2.2.4) zu beachten. Beim Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung steht dem zuständigen Richter der Natur der Sache nach ein besonders grosser Spielraum zu, und zwar auch in Bezug auf die "prima-facie"-Einschätzung der Erfolgsaussichten



der Beschwerde (BGer 2P.308/2003 vom 4. Dezember 2003 E. 3.2 mit Hinweisen). Er ist nicht gehalten, zeitraubende Abklärungen zu treffen, sondern muss in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen (BGer 2D_20/2010 vom 20. Mai 2010 E. 2.2).

2.2.2. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. a VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn er die Eignungskriterien nicht erfüllt.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Angebot die Fragen nach der Erfüllung der Eignungskriterien 1 und 2 selbst verneint. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren durch die Vorinstanz erweist sich dementsprechend als gerechtfertigt.

Die Beschwerdeführerin ging davon aus, sie erfülle – wie im Eignungskriterium 6 verlangt – sämtliche Musskriterien. Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, die Beschwerdeführerin habe die Erfüllung des Musskriteriums 3.1.2 – „Das E-Voting-System erfüllt die Anforderungen der Verordnung der Bundeskanzlei über die elektronische Stimmabgabe (VEleS) für den Einsatz von mindestens 30 Prozent der Stimmberechtigten.“ – selbst verneint und angeführt, die individuelle Verifizierbarkeit gemäss Art. 4 der Verordnung der Bundeskanzlei über die elektronische Stimmabgabe (SR 161.116, VEleS) werde erst im 2. Quartal 2017 – und nicht wie verlangt, im Zeitpunkt der Bewertung – erfüllt. Gemäss Ziffer 3.2 des Pflichtenhefts „Submission E-Voting-System Kanton St. Gallen“ muss im Angebotszeitpunkt das offerierte System sämtliche Anforderungen an ein System, das gemäss Bundesrecht (Bundesgesetz und Verordnung über die politischen Rechte, SR 161.1 und 161.11, BPR und VPR, sowie VEleS) für bis zu 30 Prozent des Elektorats mit individuell verifizierbarer Stimmabgabe im Kanton St. Gallen eingesetzt werden kann, erfüllen. Diese Voraussetzung ist in Ziffer 3.1.2 des Fragen- und Anforderungskatalogs als Muss-Kriterium formuliert. Nach Art. 4 VEleS wird ein System für den Einbezug von mehr als 30 Prozent des kantonalen Elektorats zugelassen, wenn die Anforderung der „individuellen Verifizierbarkeit“ im Sinn dieser Bestimmung erfüllt ist. Die Beschwerdeführerin hat die Frage in ihrem Angebot verneint und ausgeführt, diese individuelle Verifizierbarkeit werde im 2. Quartal



2017 verfügbar sein (vgl. Angebot der Beschwerdeführerin, Register 3, Seite 1 von 6 des Fragen- und Anforderungskatalogs).

Das Angebot der Beschwerdeführerin erfüllt die Eignungskriterien 1 und 2 unbestrittenermassen nicht. Beim Eignungskriterium 6 geht die Beschwerdeführerin zu Unrecht davon aus, ihr Angebot erfülle sämtliche Muss-Kriterien. Unter diesen Umständen erscheint die Beschwerde insbesondere bei der im Verfahren zur aufschiebenden Wirkung gebotenen summarischen Prüfung nicht als ausreichend begründet.

2.2.3. Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Beschwerde vom 7. November 2016 darauf hin, das Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung sei noch hängig. Werde in jenem Verfahren gerichtlich die Unzulässigkeit der Eignungskriterien festgestellt, sei auch die Ausschlussverfügung widerrechtlich und die Vorinstanz zu verpflichten, ein vergaberechtskonformes Ausschreibungsverfahren gemäss den Anträgen der Beschwerdeführerin durchzuführen (Rz. 23).

Gemäss Art. 17 Abs. 1 IVöB kommt Beschwerden in Vergabesachen – abweichend von der in anderen Bereichen üblichen Ordnung (vgl. BGer 2P.165/2002 vom 6. September 2002 E. 2.2.1) – grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu. Daraus ergibt sich, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides zum Vornherein ein gewisses Gewicht beigemessen werden soll (BGer 2P.308/2003 vom 4. Dezember 2003 E. 3.3.1). Dazu passt, dass im Submissionsverfahren auch nach Abschluss des Vertrags noch die Feststellung der allfälligen Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheides verlangt werden kann. Wiewohl dadurch bloss die Erlangung von Schadenersatz erleichtert wird, was den Nachteil, zu Unrecht übergegangen worden zu sein, nicht aufzuwiegen vermag, wird durch diese verfahrensrechtliche Besonderheit unterstrichen, welche Bedeutung dem Interesse an einer raschen Vergabe im Verhältnis zum Interesse an der "richtigen" Rechtsanwendung zukommt (BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1).

Mit der Zwischenverfügung vom 21. Juli 2016 wurde das Begehren, es sei der Beschwerde gegen die Ausschreibung aufschiebende Wirkung zu gewähren, abgewiesen. Die Verfügung wurde unangefochten rechtskräftig. Zur Frage der



Zulässigkeit der umstrittenen Eignungskriterien kann die Beschwerdeführerin deshalb lediglich noch ein Feststellungsurteil, nicht aber – für den Fall, dass sich die Beschwerde als begründet erweisen sollte – eine Wiederholung der Ausschreibung erwirken. Für das weitere Vergabeverfahren bedeutet dies, dass eingereichte Angebote unter Berücksichtigung auch der umstrittenen Eignungskriterien beurteilt und gegebenenfalls ausgeschlossen werden können. Andernfalls hätte die Beschwerde gegen die Ausschreibung faktisch aufschiebende Wirkung, obwohl das entsprechende Gesuch rechtskräftig abgewiesen wurde.

Damit fragt sich allerdings, welche Bedeutung einem Gesuch um aufschiebende Wirkung im Beschwerdeverfahren gegen den Ausschluss (und den Zuschlag) noch zukommt, wenn dem entsprechenden Gesuch im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung nicht entsprochen wurde. Soweit in der Beschwerde gegen den Ausschluss (und den Zuschlag) dieselben Gründe wie in der Beschwerde gegen die Ausschreibung vorgebracht werden, erscheint es nicht zulässig, mit der Beschwerde gegen den Ausschluss nachzuholen, was dadurch verpasst wurde, dass die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung nicht angefochten wurde. In der Beschwerde vom 7. Juli 2016 führte die Beschwerdeführerin selbst aus, denjenigen Anbieterinnen, welche die – widerrechtlichen – Eignungskriterien 1 und 2 nicht erfüllten, drohe der frühzeitige, später nicht mehr rückgängig zu machende Ausschluss aus dem laufenden Beschaffungsverfahren, wenn der Beschwerde gegen die Ausschreibung keine aufschiebende Wirkung erteilt werde (Rz. 13 und 16). Hingegen kann die Rüge anderer Ausschlussgründe – wenn sie denn ausreichend begründet erscheint – dazu führen, dass trotz der fehlenden aufschiebenden Wirkung einer gegen die Ausschreibung hängigen Beschwerde, der Beschwerde gegen den Ausschluss aufschiebende Wirkung zu gewähren ist. Dies würde aber auch voraussetzen, dass die Anbieterin die im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung beanstandeten Eignungskriterien erfüllt, da andernfalls der Ausschluss gerechtfertigt erscheint (vgl. dazu oben Erwägung 2.2.1).

2.2.4. Die Vorinstanz erachtet die Beschwerde im Ergebnis auch deshalb als nicht ausreichend begründet, weil die Beschwerdeführerin zur Beschwerde nicht legitimiert sei. Sie begründet diese Auffassung zusammengefasst damit, die Beschwerdeführerin



habe mangels Erfüllung von Eignungskriterien keine Aussicht darauf, den Zuschlag zu erhalten. Dieser Schluss geht davon aus, dass im Beschwerdeverfahren gegen den Ausschluss die Frage der Rechtmässigkeit der Eignungskriterien nicht erneut aufgeworfen werden kann, wenn das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung rechtskräftig abgewiesen worden ist. Ob diese Schlussfolgerung tatsächlich schon im jetzigen Zeitpunkt und nicht erst dann gezogen werden darf oder muss, wenn die Beschwerde gegen die Ausschreibung rechtskräftig entschieden ist, kann derzeit offen bleiben. Ebenfalls offen bleiben kann auch die Frage, ob die realistische Aussicht auf den Zuschlag tatsächlich eine Voraussetzung für die Legitimation zur Anfechtung der Ausschlussverfügung ist, nachdem ja das Angebot der Beschwerdeführerin gar nicht ausgewertet worden ist (vgl. act. 6/9 Ziff. 3.2.1 Abs. 3 und act. 10). Hinzu kommt, dass im Beschwerdeverfahren gegen den Ausschluss die Rechtmässigkeit eben dieses Ausschlusses Gegenstand der materiellen Prüfung ist. Würde die Legitimation mit der Begründung verneint, die Beschwerdeführerin habe keine Aussicht auf den Zuschlag, weil sie Eignungskriterien nicht erfülle, nähme die Prüfung der Eintretensvoraussetzung die materielle Prüfung vorweg.

2.3. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist.

An diesem Ergebnis vermöchte sich im vorliegenden Fall selbst dann nichts zu ändern, wenn auch im Beschwerdeverfahren gegen den Ausschluss die Vergaberechtswidrigkeit der Eignungskriterien 1 und 2 erneut zu prüfen wäre. Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerde vom 7. November 2016 selbst ausdrücklich vor, sie wiederhole und bekräftige ihre damaligen – das heisst die in der Beschwerde vom 7. Juli 2016 gestellten – Anträge (Rz. 20). Der Gegenstand der beiden Beschwerdeverfahren sei weitgehend deckungsgleich (Rz. 23). Dementsprechend bringt sie in der Beschwerde vom 7. November 2016 gegen den Ausschluss wiederum vor, mit den Eignungskriterien 1 und 2 habe die Vorinstanz in Überschreitung ihres Ermessens die Prinzipien des wirksamen Wettbewerbs und des Gleichbehandlungsgebots verletzt. Die Beschränkung auf ein Duopol sei unverhältnismässig, umso mehr als die bisherigen kantonalen E-Voting-Projekte bis auf



die drei Pilotkantone nicht ausgeschrieben worden seien. In den umfangreicheren Ausführungen zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Rz. 40-47) wird in erster Linie wiederholt, die Beschränkung der Ausschreibung mit den Eignungskriterien 1 und 2 verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot und verstosse gegen den Grundsatz des wirksamen Wettbewerbs.

Vorliegend fällt die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Ausschlusses mit der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Ausschreibung zusammen. In der Zwischenverfügung vom 21. Juli 2016 ist der Präsident des Verwaltungsgerichts zum Schluss gekommen, vor dem Hintergrund der Zusammenarbeit zwischen Bund und mehreren Kantonen zur Realisierung einer elektronischen Ausübung der politischen Recht seit dem Jahr 2000 sei es bei der gebotenen summarischen Beurteilung sachlich nachvollziehbar, dass die Vorinstanz nicht in ein früheres Stadium des Projekts zurückfallen und bereits geleisteten Entwicklungsaufwand mit einem neuen Anbieter erneut erbringen wolle. Da grundsätzlich die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse definiere, was sie beschaffen wolle, könne mit der submissionsrechtlichen Beschwerde nicht verlangt und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtige. Die Auftragsdefinition liege im Ermessen der Auftraggeberin und bleibe der gerichtlichen Überprüfung entzogen, soweit sie sich auf objektive, vertretbare Gründe stütze. Nur grundlose, unsinnige und ungerechtfertigt diskriminierende Festlegungen seien rechtswidrig. Dies gelte auch dann, wenn diese Festlegungen den Wettbewerb beschränkten – solange ein hinreichender Restwettbewerb verbleibe. Ergänzend kann auf die Erwägung 2.2 der Präsidialverfügung vom 21. Juli 2016 verwiesen werden.

Im Vergleich zur Begründung der Beschwerde vom 7. Juli 2016 erscheinen allenfalls die folgenden Vorbringen in der Begründung der Beschwerde vom 7. November 2016 als neu oder eingehender begründet. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Bedingung, dass ein Anbieter bereits öffentliche Aufträge erhalten habe, erweise sich als vergaberechtswidrig (Rz. 35). Zur Begründung stützt sie sich auf geplante Rechtsänderungen. Die Beschwerdeführerin führt nicht weiter aus, weshalb eine positive Vorwirkung, welche den Grundsätzen der Gesetzmässigkeit und Rechtssicherheit widerspricht (vgl. BGer 1B_308/2010 vom 22. November 2010 E. 2.2.1), ausnahmsweise zulässig sein soll. Selbst wenn die neuen Regeln im Sinn einer



faktischen Vorwirkung bei der Auslegung und Anwendung der vergaberechtlichen Grundsätze, wonach bei der Vergabe von Aufträgen die Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieter und ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein sollen (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. a und b sowie Art. 11 Ingress und lit. a und b IVöB), zu berücksichtigen wären, wäre bei der prima-facie Beurteilung zu beachten, dass sich auch nach der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin die mittlerweile vom Bund zugelassenen E-Voting-Systeme nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens etabliert haben (Rz. 2 der Beschwerde vom 7. November 2016). Dass sich – worauf die Beschwerdeführerin kritisch hinweist – in der weiteren Entwicklung auch staatliche und halbstaatliche Anbieter durchgesetzt haben, erscheint deshalb insbesondere vor dem Hintergrund der vorläufigen Beurteilung der Zulässigkeit der Eignungskriterien 1 und 2 nicht vergaberechtswidrig.

Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, es treffe nicht zu, dass Angebote, welche die genannten Kriterien nicht erfüllten, angeblich zu einer ressourcenintensiven Systementwicklung, unnötigen Mehrkosten und einer zeitlichen Verzögerung führen könnten (Rz. 38). Sie sei überzeugt, dass ihre Software sowohl die E-Voting-Standards des Bundes als auch die umfangreichen technischen Anforderungen ebenso gut wie die beiden bisherigen Anbieter erfülle und sehr rasch implementiert werden könne (Rz. 48). Ob diese Überzeugung der Beschwerdeführerin tatsächlich gerechtfertigt ist, würde eine intensive technische Prüfung und gegebenenfalls Anpassungen ihres Systems mit dem entsprechenden wirtschaftlichen und zeitlichen Aufwand voraussetzen. Der Ausgang dieser Prüfung wäre offen und damit die Erteilung der für Versuche mit elektronischer Stimmabgabe erforderlichen bundesrätlichen Grundbewilligung gemäss Art. 27a ff. VPR nicht gesichert.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, zur Gewährleistung einer möglichst hohen Qualität und eines einwandfreien und sicheren Betriebs sei eine bestehende bundesrätliche Bewilligung nicht erforderlich, es müssten auch vergleichbare im Ausland realisierte Referenzprojekte genügen (Rz. 46). Sie vertritt damit im Ergebnis die Auffassung, die vom Bundesrecht vorgeschriebenen Bewilligungen – die bundesrätliche Grundbewilligung für die Versuche mit elektronischer Stimmabgabe gemäss Art. 27a ff. VPR und die je Urnengang erforderliche Zulassung durch die Bundeskanzlei gemäss Art. 27e ff. VPR – führten zu einer vergaberechtswidrigen



Beschränkung des Wettbewerbs. Diese vom Bundesgesetzgeber erlassenen Vorschriften sind für die rechtsanwendenden Behörden gemäss Art. 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) massgebend. Selbst wenn sie geeignet sein sollten, den durch die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 BV geschützten wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen, wäre die Vorinstanz deshalb verpflichtet, die von der Bundesgesetzgebung vorgeschriebenen Bewilligungen einzuholen. Abgesehen davon kann sich fragen, inwieweit die sichere und zuverlässige Durchführung staatlicher Wahlen und Abstimmungen überhaupt wettbewerbsrechtlichen Anforderungen und damit dem Vergaberecht unterliegt.

Die Implementierung von neuen ebenbürtigen oder gar besseren Alternativen zu bisherigen Angeboten möge zuweilen initiale Reibungsverluste mit sich bringen. Trotzdem seien die Vergabestellen gehalten, neuen Anbietern eine faire Chance einzuräumen, statt sie vom Markt fernzuhalten. Die Förderung des Wettbewerbs habe bekanntlich ihren Preis, die bei Marktöffnungen erzielten Effizienzgewinne überwiegen jedoch mittel- bis längerfristig (Rz. 44). Die Eignungskriterien 1 und 2 liessen sich nicht mit der vergaberechtlichen Definitionsfreiheit rechtfertigen; die Vorinstanz habe ihr diesbezügliches Ermessen klar überschritten (Rz. 39). Der Wettbewerb werde im Keim erstickt, obwohl die Rechtsgrundlagen keine Einschränkung auf bestehende Systeme nahelege (Rz. 45). Auch diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin selbst anerkennt, dass die Pilotversuche, um deren Weiterentwicklung es vorliegend geht (vgl. insbesondere Art. 8a Abs. 1 BPR), auf einem Ausschreibungsverfahren beruhen.

3. Der Vorinstanz ist Gelegenheit einzuräumen, bis 13. Januar 2016 ihre Vernehmlassung vom 16. November 2016 in der Sache zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

4. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'200 erscheint angemessen (Art. 7 Ziffer 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'000 ist zu verrechnen. CHF 3'800 des Kostenvorschusses



verbleiben bei der Hauptsache. Ausseramtliche Kosten sind für das Zwischenverfahren nicht zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP).

Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Vorinstanz erhält Gelegenheit, bis **13. Januar 2016** in Ergänzung zu ihrer Vernehmlassung vom 16. November 2016 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in zweifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. Die Gerichtsferien gelten nicht.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'200 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000. Der restliche Kostenvorschuss von CHF 3'800 verbleibt bei der Hauptsache.
4. Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Präsident

Eugster