



AN DER AA 6, POSTFACH, 6301 ZUG
PAKETADRESSE: AN DER AA 6, 6300 ZUG
TEL. 041 / 728 52 70

In Sachen

A. _____ AG

vertreten durch RA B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Zug, handelnd durch die Finanzdirektion des Kantons Zug
Beschwerdegegner

betreffend

Submission (Projekt 5050.0259 beneFIT / Ausschluss vom Verfahren)
(aufschiebende Wirkung)

[Das Verfahren wurde im Anschluss an diesen Entscheid abgeschrieben.]

wird nach Einsicht in

- den angefochtenen Entscheid vom 18. August 2021
- die Beschwerdeschrift vom 1. September 2021
- die Verfügung des Kammervorsitzenden vom 2. September 2021 betreffend die vorläufige und vorsorgliche Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde
- die Vernehmlassung der Finanzdirektion vom 13. September 2021

und in Erwägung, dass

- das Verwaltungsgericht gemäss § 6 Abs. 1 lit. a des Submissionsgesetzes (SubG; BGS 721.51) Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BGS 721.52) beurteilt;
- die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 17 Abs. 1 IVöB), die Beschwerdeinstanz jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen kann;
- die Erteilung der aufschiebenden Wirkung voraussetzt, dass die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB);
- aufgrund einer Prima-facie-Beurteilung darüber zu befinden ist, ob sich die Beschwerde mutmasslich als begründet oder unbegründet erweist, ohne dass zeitraubende Abklärungen vorgenommen werden müssen, und bei diesem Entscheid der zuständigen Beschwerdeinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht;

- das Bundesgericht dem Umstand, dass die vergaberechtliche Gesetzgebung Rechtsmitteln in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommen lässt, einen besonderen Stellenwert einräumt und daraus jedenfalls geschlossen werden kann, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung eines Vergabeentscheides ein erhebliches Gewicht zukommt (BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.);
- Gegenstand und Umfang des Auftrags "Projekt 5050.0259 beneFIT", für welchen die Finanzdirektion des Kantons Zug ein offenes Verfahren im Staatsvertragsbereich durchführte, die Beschaffung und Implementierung einer "IT Service Management"-Softwarelösung für das Amt für Informatik und Organisation des Kantons Zug (AIO) und die Abteilung Informatik der Stadt Zug mit teilweiser Überführung der Daten aus den aktuellen Systemen darstellt;
- der Regierungsrat des Kantons Zug die Finanzdirektion mit Beschluss vom 17. August 2021 beauftragte, den Auftrag an die C. _____ GmbH zum offerierten Preis von maximal Fr. 1'162'187.–, inkl. MWST, zu vergeben;
- die Finanzdirektion den Zuschlagsentscheid den bewerteten Anbieterinnen mit Schreiben vom 18. August 2021 eröffnete;
- die Finanzdirektion die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 18. August 2021 vom Verfahren ausschloss;
- die Finanzdirektion den Ausschluss damit begründete, mit ihrem Angebot widerspreche die Beschwerdeführerin den Anforderungen des Pflichtenheftes, welche keine Befähigung der Mitarbeitenden des Kunden, sondern eine Erfüllung durch die Anbieterin selbst verlangten; auf diese Weise passe sie das Vorgehen erheblich an und biete eine von den Anforderungen gemäss Pflichtenheft abweichende Variante an, was gemäss Kapitel 8.6 des Pflichtenhefts nicht zulässig sei; Anbietende dürften die Anforderungen der Ausschreibung nicht eigenhändig abändern, da das Prinzip der Gleichbehandlung verlange, dass die verschiedenen Angebote untereinander vergleichbar seien; durch die eigenmächtige Anpassung der Ausschreibungsunterlagen seien ihre offerierten Dienstleistungsstunden um ein Vielfaches tiefer als diejenigen der anderen Anbietenden; ausser Acht gelassen würden bei der Lösung der Beschwerdeführerin die beim Auftraggeber noch zusätzlich anfallenden internen Aufwände (insbesondere Lohnkosten), weil die ausgeschriebenen Arbeiten durch dessen Mitarbeitende selbst erfüllt werden müssten; bei Annahme der offerierten Variante entstehe dem Auftraggeber ausserdem ein sehr hohes Projektrisiko, da unklar sei, ob dieses Vorgehen mit den begrenzt vorhandenen internen Ressourcen in der vorgesehenen Zeit überhaupt realisierbar sei; die Erreichung des Beschaffungsziels sei unter Beachtung der konkreten Umstände gefährdet; die damit verbundenen Risiken könnten mit den Angaben im Angebot sowie den zusätzlich eingeholten Erläuterungen nicht genau abgeschätzt und somit auch nicht eingegangen werden; diese Auslegung des Angebots werde durch die sehr niedrigen Aufwandschätzungen im Preisblatt untermauert;
- die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 1. September 2021 folgende Anträge stellen lässt:

- "1. Der Beschwerde sei superprovisorisch und dann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dem Beschwerdegegner zu untersagen, in dieser Angelegenheit einen Zuschlag zu erteilen bzw. – sofern ein Zuschlag bereits erfolgt sein sollte – den Vertrag abzuschliessen bzw. – sofern der Vertrag bereits abgeschlossen sein sollte – diesen umzusetzen.
 2. Es seien die Ausschlussverfügung vom 18. August 2021 sowie ein allfälliger bereits verfügbarer Zuschlag aufzuheben und der Beschwerdegegner sei anzuweisen, die Leistungen aufgrund einer (erneuten) korrekten Bewertung der Angebote, unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin und unter Bezugnahme auf die in den Ausschreibungsunterlagen bereits bekannt gegebenen Zuschlagskriterien, der Beschwerdeführerin zu vergeben.
 3. Eventualiter zu Antrag Ziff. 2: Für den Eventualfall, dass der Beschwerdegegner nach einem allenfalls bereits erfolgten Zuschlag bereits einen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen haben sollte, seien die Ausschlussverfügung vom 18. August 2021 sowie der allfällige bereits erfolgte Zuschlag aufzuheben und sei der Beschwerdegegner anzuweisen, vom bereits abgeschlossenen Vertrag zurückzutreten und die Leistungen aufgrund einer (erneuten) korrekten Bewertung der Angebote, unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin und unter Bezugnahme auf die in den Ausschreibungsunterlagen bereits bekannt gegebenen Zuschlagskriterien, der Beschwerdeführerin zu vergeben.
 4. Subeventualiter zu Antrag Ziff. 2 und 3: Für den Subeventualfall, dass der Beschwerdegegner nach einem allenfalls bereits erfolgten Zuschlag bereits einen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen haben sollte und ein Vertragsrücktritt nicht mehr möglich sein sollte, sei die Rechtswidrigkeit der Ausschlussverfügung vom 18. August 2021 sowie des allenfalls erfolgten Zuschlags festzustellen.
 5. Es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, die vollständigen Akten einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.
 6. Es seien das Angebot der Beschwerdeführerin (Beilagen 4.01–4.11) sowie die gesamte Korrespondenz mit der Beschwerdeführerin (Beilagen 6–12) sowie alle Akten, welche Informationen zum Angebot der Beschwerdeführerin enthalten, gegenüber allfälligen Dritten vertraulich zu behandeln.
 7. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Akten des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen und ihre Beschwerde zu ergänzen und anzupassen.
 8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."
- die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Beschwerde im Wesentlichen ausführen lässt, die geforderten Leistungen seien von der Beschwerdeführerin vollständig offeriert worden; es ergebe sich aus dem Angebot insgesamt, aber auch

aus den nachträglichen Bestätigungen der Beschwerdeführerin, dass das Angebot alle geforderten Dienstleistungen umfasse; die Beschwerdeführerin habe beim Beschrieb ihrer Dienstleistungen auch auf die im Rahmen der Ausschreibung mehrfach erwähnte Zusammenarbeit zwischen Mitarbeitenden der Auftraggeberin und ihren eigenen Mitarbeitenden Bezug genommen; aus der Ausschreibung sei ersichtlich, dass ein Hand-in-Hand-Arbeiten explizit gewünscht sei;

- die Beschwerdeführerin weiter vorbringen lässt, sie habe in ihrem Angebot die nun vom Beschwerdegegner beanstandeten Ergänzungen ausgeführt und nebst dem gemäss der Ausschreibung Erforderlichen die Befähigung der internen Mitarbeitenden angeboten; ihr Angebot umfasse somit mehr als nur das Minimum des Verlangten;
- gemäss der Beschwerdeführerin sie eine schlank kalkulierte Aufwandofferte eingereicht habe, was zulässig sei und im Sinne des vom Vergaberecht beabsichtigten Spielens des Wettbewerbs sei; sie habe bestätigt, dass sie alle geforderten Leistungen zum offerierten Preis erbringen werde; mit der Offerte sei kein Kostenrisiko für den Beschwerdegegner verbunden, da ein Kostendach zu offerieren gewesen sei und notwendige Leistungen, die über das Kalkulierte hinausgingen, zu Lasten der Beschwerdeführerin gehen würden; aus der schlanken Kalkulation abzuleiten, dass nicht das gesamte Erforderliche offeriert worden sei, sei nicht zulässig;
- die Beschwerdeführerin zusammenfassend meint, ihr Angebot weiche nicht von dem im Rahmen der Ausschreibung Verlangten ab; ihr Angebot sei daher ausschreibungskonform; ein Ausschlussgrund gemäss § 26 SubV sei nicht gegeben;
- gemäss § 26 lit. i der Submissionsverordnung (SubV; BGS 721.53) eine Anbieterin oder ein Anbieter von der Teilnahme ausgeschlossen wird, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme im selektiven Verfahren oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen;
- gegenüber Angeboten, bei welchen die Anbieter von den Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen sind oder Vorbehalte zu einzelnen von der Vergabebehörde aufgestellten Regeln erklärt haben, im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine strenge Haltung am Platz ist; Abweichungen von der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen führen zum Ausschluss, sofern sie nicht unwesentlich sind (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 470 f.);
- dem Pflichtenheft, insbesondere Kapitel 3.5, klar entnommen werden kann, dass eine massgebliche Unterstützung des Kantons unter anderem bei der Erstellung eines ISDS-Konzepts sowie in der Konzeption und in der Realisierung des Projekts "5050.0259 beneFIT" verlangt wird;

- dem Beschwerdegegner wohl zuzustimmen ist, dass die Beschwerdeführerin in Widerspruch zu den Anforderungen des Pflichtenheftes in ihrer Leistungsbeschreibung zum Ausdruck bringt, dass bei ihr nicht die Erfüllung der im Pflichtenheft beschriebenen Aufgaben durch die Beschwerdeführerin selbst im Vordergrund steht, sondern die Befähigung der Mitarbeitenden des Auftraggebers zur Konzeption und Realisierung des Projekts, im Sinne eines Coaches und Sparringspartners; so führt die Beschwerdeführerin in ihrer Leistungsbeschreibung ("Statement of work" [SOW]) in Ziffer 4.4 Folgendes aus:

"Ein wesentliches Erfolgskriterium für den gewinnbringenden Einsatz unserer Lösung ist die Befähigung eigener Mitarbeiter des Kunden (AIO), Anforderungen zu modellieren und nach Best-Practice-Vorgaben des Herstellers (A._____) selbst umzusetzen sowie allfällig auf Änderungen mit Anpassung darauf reagieren zu können.

Dies betrifft insbesondere:

- Customizing der Listenansichten (Felder, bedingte Formatierung, Filter)
 - Customizing der Dialoge (Felder ein-/ausblenden, neue Felder hinzufügen)
- [...]

Unser Dienstleistungsangebot ist auch im Mengengerüst darauf ausgerichtet, Sie als Kunden mit einzubeziehen in die Tätigkeiten und schrittweise ein Enablement herbeizuführen. Selbstverständlich steht Ihnen hierbei ein Enterprise Architect als Coach & Sparring Partner zur Seite, um Konzepte und Anforderungen zu validieren, gemeinsam mit Ihnen zu diskutieren und Best-Practice-Lösungsansätze zu vermitteln. So verstehen wir das "FIT" in beneFIT: Befähigen, Qualifizieren, gemeinsam leistungsfähig sein, um dann versiert auf dynamische Änderungen reagieren zu können."

- die Beschwerdeführerin in Ziffer 4.1 des SOW weiter Folgendes festhält:

"Die erste Stufe Operative Work befähigt den Kunden, seine grundsätzlichen Anforderungen umzusetzen, um damit initial produktiv gehen zu können. Diese Projektphase ist in den Aufwänden und in der Ausgestaltung hinreichend genau abschätzbar und wird in diesem SOW angepasst und auf Ihre Anforderungen angeboten."

- dem Beschwerdegegner wohl zuzustimmen ist, dass damit die Beschwerdeführerin bei den Konzepten und Dienstleistungen keine führende Rolle einnehmen, sondern diese v.a. einführen und überprüfen will;
- die Durchsicht der Beantwortung der vom Beschwerdegegner gestellten Erläuterungsfragen (E-Mail der Beschwerdeführerin vom 12. Mai 2021 und Schreiben vom 19. Juli 2021) ergibt, dass sich die Beschwerdeführerin nicht dazu durchringen konnte, in klarer Weise die Erstellung der geforderten Konzepte und die Sicherstellung von deren Umsetzung anzubieten;
- die grundsätzlich nachvollziehbaren Bedenken des Beschwerdegegners offenbar auch durch die Angebotspräsentation der Beschwerdeführerin vom 17. Juni 2021 nicht beseitigt werden konnten;

- sich somit ergibt, dass die Beschwerdeführerin wohl nicht das offeriert hat, was die Vergabebehörde ausgeschrieben hat, was dazu führte, dass ihr Angebot nicht mit den anderen Angeboten verglichen werden konnte;
- dieses Vorgehen in der Regel zum Ausschluss aus dem Verfahren führt;
- eine Prima-facie-Beurteilung der Beschwerde daher ergibt, dass diese als nicht begründet erscheint und wohl eher nicht gutgeheissen werden kann;
- das Gericht von demjenigen, der ein Verfahren einleitet, gestützt auf § 26 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen kann; das Verfahren kann abgeschrieben werden, wenn der verlangte Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist geleistet wird;
- die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten einzureichen und es sei ihr Akteneinsicht zu gewähren;
- der Beschwerdegegner alle sachbezüglichen Akten eingereicht hat;
- es beim aktuellen Stand des Verfahrens nur – aber immerhin – darum geht, festzustellen, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin zu Recht erfolgte oder nicht;
- die Bewertung der einzelnen Angebote somit momentan kein Thema ist;
- die Parteien gemäss § 16 Abs. 1 VRG Anspruch auf Einsicht in die Akten haben, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen; die Verweigerung ist in den Akten zu vermerken; der wesentliche Inhalt eines Aktenstücks, in das die Einsicht verweigert wird, muss insoweit mitgeteilt werden, als es ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist (§ 16 Abs. 2 VRG);
- das Submissionsrecht in § 17 SubV eine Sonderregelung bezüglich Vertraulichkeit und Urheberrechte enthält; hier wird in Abs. 1 bestimmt, dass eingereichte Unterlagen, soweit Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind, vertraulich behandelt werden müssen; vertrauliche Unterlagen dürfen ohne das Einverständnis der Anbieterin oder des Anbieters oder ohne gesetzliche Grundlage weder genutzt noch an Dritte weitergeleitet oder diesen bekannt gegeben werden; vorbehalten bleibt die Herausgabe an gerichtliche Instanzen im Rahmen von Rechtsmittelverfahren (§ 17 Abs. 2 SubV); gemäss Rechtsprechung hat der unterlegene Bewerber nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssen; diese Regelung kann nicht durch das Einlegen eines Rechtsmittels umgangen werden, weshalb auch im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich kein Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten besteht (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1191; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1; vgl. auch GVP 2013 133 f.);

- der Beschwerdeführerin somit Einsicht in die Akten zu gewähren ist, soweit sie nicht Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin, deren Referenzauskunft sowie die Offerten der restlichen Bewerber und deren Bewertungen betreffen;
- dem Beschwerdegegner zuzustimmen ist, dass lediglich die von ihm zusammen mit der Vernehmlassung vom 13. September 2021 eingereichten Beilagen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 13, 21 und 23 keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse, die Offerten der restlichen Bewerber oder Referenzauskünfte betreffen;
- es sich bei all diesen Beilagen (mit Ausnahme der Beilage 1) um Dokumente handelt, welche die Beschwerdeführerin selbst erstellt hat oder in deren Besitz sie erwiesenermassen bereits ist;
- ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass der Regierungsratsbeschluss vom 25. Oktober 2011 betreffend Delegation der Kompetenz zur Vertretung des Kantons Zug vor Gericht, insbesondere zur Abfassung von Rechtsschriften an Gerichte (Beilage 1) für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde keine wesentliche Bedeutung hat, weshalb die Einsicht darin für die Beschwerdeführerin entbehrlich ist;
- somit das Gesuch der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht (mit Ausnahme der Vernehmlassung der Finanzdirektion vom 13. September 2021 inkl. Beilagenverzeichnis) abzuweisen ist,

Folgendes verfügt:

1. Die vorläufig und vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird aufgehoben.
2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
3. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht wird (mit Ausnahme der Vernehmlassung der Finanzdirektion vom 13. September 2021 inkl. Beilagenverzeichnis) abgewiesen.
4. Die Beschwerdeführerin hat dem Gericht bis zum **21. Oktober 2021** einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu leisten, ansonsten das Verfahren vom Geschäftsverzeichnis des Verwaltungsgerichts abgeschrieben wird.
5. Die Beschwerdeführerin erhält Gelegenheit, dem Gericht bis zum **21. Oktober 2021** eine Replik (im Doppel) einzureichen.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden.
7. Mitteilung an die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin (im Doppel, unter Beilage der Vernehmlassung der Finanzdirektion vom 13. September 2021 inkl. Beilagenverzeichnis), an die Finanzdirektion des Kantons Zug, an die Finanzverwaltung des Kantons Zug (im Dispositiv) sowie an die Wettbewerbskommission, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern.

Zug, 20. September 2021
kop

Der Vorsitzende

V 21 64

Dr. Aldo Elsener

Hinweise

Vergabe- und Ausschlussentscheide enthalten in der Regel nur eine summarische, oft auf formelle Angaben beschränkte Begründung. Eine eigentliche Begründung erhalten die Beschwerdeführenden regelmässig erst mit der Vernehmlassung der Vergabestelle. Wird aufgrund dieser Begründung die Beschwerde zurückgezogen, wird das Verfahren in der Regel unter ermässigten Kostenfolgen für den/die Beschwerdeführer/in abgeschrieben. Hat das Gericht über die Beschwerde zu entscheiden, werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt.

Ist ein Beschwerdeverfahren ohne aufschiebende Wirkung gegen den Zuschlag oder den Ausschluss hängig, so darf die Vergabestelle den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin oder dem berücksichtigten Anbieter abschliessen. Der Vertragsschluss ist von der Vergabestelle umgehend dem Gericht mitzuteilen. Ist der Vertrag abgeschlossen, kann das Gericht nur noch die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids feststellen, wenn sich die Beschwerde als begründet erweisen sollte. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit ermöglicht dem/der Beschwerdeführer/in die Geltendmachung von Schadenersatzbegehren.