

# GR\_GERICHTE PVG 2017 25 vom 13. Februar 2026

GR Gerichte, 2026-02-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_PVG\\_2017\\_25](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PVG_2017_25)

FR: GR\_GERICHTE PVG 2017 25 du 13 février 2026

IT: GR\_GERICHTE PVG 2017 25 del 13 febbraio 2026

## Erwägungen

### E. 2

b) In Submissionsverfahren ist die Legitimation zur Anfechtung von missliebigen Vergabeentscheiden sowohl nach der Lehre als auch in der Praxis wie folgt geregelt: Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeerhebung. Wendet sich ein Interessent gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen Verfahren, so muss die Frage grundsätzlich in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden können (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1319 m.w.H.); wird gerügt, dass zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags (im offenen und ordentlichen oder selektiven Verfahren) verzichtet worden sei, so ist ein potentieller Anbieter zur Beschwerde legitimiert, falls er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O. m.w.H.). In seiner Rechtsprechung hielt das Bundesgericht in BGE 137 II 313 E.3.3.1 dazu wegleitend das Folgende fest: «Im Submissionsrecht ist nach der Rechtsprechung zur Beschwerde gegen den Zuschlag im offenen Verfahren legitimiert, wer mit einer Offerte an der Ausschreibung teilgenommen hat und damit ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt worden ist (BEUSCH/MOSER/KNEUBÜHLER, Ausgewählte prozessrechtliche Fragen im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ZBl 109/2008 S. 14); umstritten ist, ob die Beschwerdelegitimation des unterlegenen Anbieters davon abhängt, ob er eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (vgl. dazu Urteil 2P.261/2002 vom 8. August 2003 E. 4.4 und 4.5 sowie die Übersicht über die nicht einheitliche Rechtsprechung bei HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht

11/25 Submission PVG 2017 256 der Schweiz, 7. Aufl. 2008, S. 609 ff.; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003 S. 11 f.). Ein praktisches Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG kann nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden können. 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 (Urteil 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 3a; vgl. auch BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199). 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. Urteil 2C\_484/2008 vom 9. Januar 2009 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 135 II 49). Ebenso wenig ist legitimiert, wer zwar in der Lage gewesen wäre, eine Offerte einzureichen, dies aber nicht getan hat (vgl. STÖCKLI, a.a.O., S. 619 Rz. 690)». Im selben Urteil (BGE 137 II 313 E.3.5.2) äusserte sich das Bundesgericht auch zur Beweislastverteilung zwischen der Vergabestelle und der nicht berücksichtigten Anbieterin mit Blick auf die Beurteilung der Beschwerdelegitimation. Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Freihandvergabe liegt danach grundsätzlich bei der Vergabestelle; das Bundesgericht schränkt diesen Grundsatz aber sogleich wieder ein, indem es festhält, dass er nicht für den Nachweis gelte, wonach es für die Beschaffung keine (angemessene) Alternative zum Freihandanbieter gebe; dieser Nachweis über eine negative Tatsache könne von der Vergabestelle nicht verlangt werden; vielmehr habe der Dritte, der das Bestehen einer solchen Alternative behaupte, dies in Anwendung von Art. 8 ZGB substantiiert darzulegen und zu zeigen, dass die Alternative angemessen sei (s. Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 7. April 2017 E.2.6.2, Abschnitt 2, mit Verweis auf BGE 137 II 313 E.3.6.1). Demgegenüber vertritt die Lehre und seit kurzem auch das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Freihandvergabe bei der Vergabestelle liege; sei der Beweis nicht möglich, habe sie die voraussetzungsbe gründenden Tatsachen zumindest glaubhaft zu machen; dies erfordere eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen für eine Freihandvergabe und das Glaubhaftmachen, dass es keine angemessene Alternative gebe (vgl. GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Die Vergabe von IT-Verträgen, in: JEAN-BAP-

11/25 Submission PVG 2017 257 TISTE ZUFFEREY/MARTIN BEYELER/STEFAN SCHERLER [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich 2016, Rz 69 m.w.H., u.a. auf Urteil BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015, E.2.2.). c) Der zuletzt genannten Auffassung der zitierten Lehre und des Bundesverwaltungsgerichts (in BVGer B-1570/2015 vom

## **E. 7**

Oktober 2015, E.2.2) vermag sich auch das streitberufene Verwaltungsgericht anzuschliessen. Hiernach obliegt es somit der Vergabestelle, sich vorgängig mit der gebotenen Sorgfalt mit der Frage auseinanderzusetzen, in welchem Verfahren die anvisierte Beschaffung erfolgen soll. Im Gegensatz zu anderen Anbietern ist es die Vergabestelle (und allenfalls die Freihandanbieterin), welche den Beschaffungsgegenstand bzw. die Umgebung, in welche er eingepasst werden muss, detailliert kennt. Gestützt auf dieses Wissen müsste die Vergabestelle für die Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens ein Pflichtenheft erstellen. Für die potentielle Anbieterin besteht nämlich gegenüber der Vergabestelle naturgemäss ein erheblicher Informationsrückstand; dieser führt regelmässig dazu, dass sich für die potentielle Anbieterin der Nachweis, ihr Produkt stelle eine angemessene Alternative dar, im Regelfall äusserst schwierig gestalten dürfte. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Beschwerdelegitimation einer potentiellen Anbieterin dann verneint und damit auf deren Beschwerde gar nicht eingetreten werden kann, wenn die Vergabestelle ‚glaubhaft‘ nachzuweisen vermag, dass es tatsächlich kein angemessenes Alternativangebot zum berücksichtigten Freihandanbieter gibt und somit eine Beschwerdebefugnis für Dritte zum Voraus entfällt. 3. a) Zur Rechtmässigkeit

des gewählten Verfahrens ist auf Art. 3 Abs. 1 SubV zu verweisen, wonach ein Auftrag unabhängig vom Auftragswert im freihändigen Verfahren vergeben werden kann, wenn (lit. c) aufgrund technischer oder künstlerischer Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen der Sicherheit oder des Schutzes des geistigen Eigentums nur eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt; oder wenn (lit. g) Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen an die ursprüngliche Anbieterin vergeben werden müssen, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist (zu den Besonderheiten im freihändigen Verfahren vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.2 sowie der Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 7. April 2017 E.2.3.2, Abschnitt 2). Um die sich dazu stellenden Fragen beantworten zu können, ist es unerlässlich, sich zu-

11/25 Submission PVG 2017 258 nächst mit dem eigentlichen Beschaffungsgegenstand und danach mit der Abgrenzungsfrage ‚Neuentwicklung oder Neubeschaffung‘ bzw. den unterschiedlichen Systemen (Möglichkeit Mischformen/ Patchwork) eingehender zu befassen. Sodann werden noch die Rechte der Beschwerdeführerin an dem von ihr offerierten IT-Angebot «D. 4» zu klären sein. Im Ergebnis wird gestützt darauf über die Korrektheit oder die Unzulässigkeit der Freihandvergabe zu befinden sein, wobei sich auch noch Fragen zur Akteneinsicht sowie zu allfälligen Zeugen- und Parteibefragungen gestellt haben und zu behandeln sind. b) Zum Beschaffungsgegenstand stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle diesen korrekt umschrieben hat, wobei die Antwort einen doppelrelevanten Sachverhalt wiedergibt: Sie bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt), und gleichzeitig ist sie vorfrageweise für die Frage von Belang, wer überhaupt aufgrund des von ihm angebotenen Produkts in der Lage ist, Beschwerde zu erheben. Dabei liegt es im Wesen solch doppelrelevanter Sachverhalte, dass sie sowohl im Rahmen des Eintretens als auch der materiellen Beurteilung geprüft werden können (vgl. BGE 137 II 313 E.3.3.3 sowie Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 7. April 2017 E.2.4.3, 2.4.4 und 2.4.5 sowie E.2.6.1, Abschnitt 2). Die Beschwerdegegnerin 1 beabsichtigt, die Wartung und den Support der bei ihr zur automatisierten polizeilichen Vorgangsbearbeitung eingesetzten Software «C. 3» während fünf Jahren zu beschaffen sowie die Lieferung von drei Updates unter dem Programm «myC. ». Das System C. steht seit 1995/1996 bei ihr im Einsatz. Im Jahr 2008 wurde das Projekt F. umgesetzt, mit welchem C. zum heute im Einsatz stehenden umfassenden polizeilichen Vorgangsbearbeitungssystem wurde. Heute ist bei der Beschwerdegegnerin 1 das System in der Version C. 3.3x im Einsatz. Es beinhaltet neben dem Kernel, welcher sämtliche Fall- und Personaldaten enthält, u.a. auch das Rapportierungssystem C. RAP, das Dokumentmanagementsystem (inkl. Geschäftsprozesssteuerung und -kontrolle) sowie die Tagebuchführung C. JOURNAL. Derzeit arbeiten ca. 20 Polizeikorps bzw. über 10'000 Nutzer mit dem System C. . Es ist somit das in der Schweiz am häufigsten genutzte Programm zur polizeilichen Vorgangsbearbeitung. Wie jede Software muss auch C. laufend gewartet und an technische Entwicklungen sowie neue oder veränderte Anforderungen der Kunden angepasst werden. Nachdem die Vergabe des Weiterentwicklungsauftrags der

11/25 Submission PVG 2017 259 Software C. durch die ARGE C. gestoppt wurde und die Beschwerdegegnerin 2 das Programm in Eigenregie weiterentwickelt hat, liegt es an jedem Polizeikorps selber zu entscheiden, ob und wie es das System C. weinternutzen will oder ob es einen gänzlichen Systemwechsel anstrebt. Im Zuge einer umfassenden Analyse

ist die Beschwerdegegnerin 1 zum Schluss gekommen, dass die Weiternutzung des C.-Systems mehr Vorteile bringt als ein Systemwechsel. Für ein Beibehalten sprachen dabei u.a. die Umstände, dass sie mit dem System C. sehr zufrieden ist, dass viele Abläufe und Prozesse im Arbeitsalltag auf das IT-System abgestimmt sind, dass die Software in rund 20 Polizeikorps eingesetzt wird, was in der Form der ARGE C. einen breiten Austausch unter Anwendern sicherstellt und eine gewichtige Position gegenüber der Herstellerin darstellt. Auf der anderen Seite würde ein Systemwechsel eine Überprüfung aller Arbeitsabläufe mit weitreichenden Anpassungen und umfangreiche Schulungen des Personals bedingen. Eine Umstellung verbunden mit der Datenübertragung vom alten ins neue System bringe Unabwägbarkeiten mit sich, welche in Bezug auf die Sicherheit gravierende Nachteile bewirkten. Nach Auffassung des streitberufenen Gerichts sind diese Überlegungen schlüssig und nachvollziehbar. Den Strategieentscheid, das bestehende System beizubehalten und die punktuellen Weiterentwicklungen als Updates zu beziehen, erachtet es für sinnvoll und zulässig, zumal Experimente oder Lücken bei ‚Blaulichtorganisationen‘, zu denen die Beschwerdegegnerin 1 exemplarisch zählt, wann immer möglich zu vermeiden sind. Mit der Submissionsbeschwerde kann nicht verlangt oder erreicht werden, dass ein anderes Produkt (aliud) beschafft werden soll als dasjenige, welches bei zulässiger Umschreibung des Auftrags ausgeschrieben ist. Damit stellt sich nur noch die Frage, ob die Beschwerdeführerin in der Lage wäre, die zu beschaffenden Wartungs- und Pflegedienstleistungen bzw. die Updates anstelle der Beschwerdegegnerin 2 zu erbringen. Da die Beschwerdeführerin unwiderlegt nicht über die Berechtigungen am Source-Code der C.-Software verfügt, weil diese ausschliesslich im Eigentum der Beschwerdegegnerin 2 steht, ist für das Gericht erstellt, dass die Beschwerdeführerin als Anbieterin der nachgesuchten Dienstleistungen und Lieferungen zum Voraus ausscheidet; daran ändert auch nichts, dass angeblich zwei oder drei Personen von der Beschwerdegegnerin 2 zur Beschwerdeführerin gewechselt haben und Letztere somit angeblich selbst über genügend Know-how

11/25 Submission PVG 2017 260 bezüglich der C.-Software verfüge. c) Zur Abgrenzungsfrage zwischen Neuentwicklung und Neubeschaffung gilt es festzuhalten, dass sich die Parteien diesbezüglich uneinig sind, ob die zu beschaffenden Updates von «myC. » eine Neuentwicklung darstellen, welche einer Neubeschaffung gleichkommen. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beschwerdegegnerin 2 mit den Updates bzw. mit myC. beabsichtige, C. 3 vollständig zu erneuern und etwa die in der aktuellen Software nicht vorhandenen Funktionen der mobilen Datenerfassung und –abfragen einzuführen. Sie beabsichtige zudem, C. 3 auf eine neue, webbasierte grafische Benutzeroberfläche umzustellen und die Vorgangsbearbeitung mit Workflow-Mechanismen zu versehen. Weiter spreche für das Vorliegen einer Neubeschaffung, dass das Update myC. eine Datenmigration aus dem veralteten System C. 3 nach sich ziehe. Dem hält die Beschwerdegegnerin 1 entgegen, dass sie ihr heute im Einsatz stehendes, bewährtes Vorgangsbearbeitungssystem C. beibehalte, und somit lediglich den dazu gehörenden Softwarepflegevertrag verlängere und drei Updates beschaffe. Die Weiternutzung von Software sei nicht dem Erwerb neuer Software gleichzusetzen. Die Updates von myC. würden nur einzelne Teile der Software betreffen und ermöglichen, dass die gleiche Software (wie bisher) unter zusätzlichen Einsatzbedingungen genutzt werden könne. Ferner sei für das Implementieren der Updates keine Datenmigration notwendig; zudem könnten die Updates nicht installiert werden, falls

der Kunde nicht bereits über die Software C. verfügte. Die Beschwerdegegnerin 2 ergänzt, dass die unter myC. gelieferten Updates keine eigenständigen Produkte und damit auch keinen Ersatz, keine Neuentwicklung oder Neubeschaffung anstelle von C. 3 darstellten. Dem Gericht leuchten die Darstellungen der Beschwerdegegnerinnen ein, auch wenn es für Justizbehörden aufgrund der technischen Natur schwierig ist, eine Weiter- von der Neuentwicklung präzise abzugrenzen. Namentlich die justiziable Überprüfung, ob für die Implementierung der genannten Updates myC. eine Datenmigration notwendig sei oder nicht, oder was es genau bedeutet, wenn Workflow-Mechanismen überarbeitet werden, sprengt das übliche Mass an gerichtsnotorischem Fachwissen. Als wichtiges Argument ist jedoch immer auch der Investitionsschutz zu berücksichtigen: Nur eine massive Veränderung des bestehenden Systems würde es rechtfertigen, dieses komplett zu ersetzen und gegebenenfalls auf ein neues System zu migrieren; ändern-

11/25 Submission PVG 2017 261 falls gingen bereits getätigte Investitionen verloren mitsamt dem Know-how der Mitarbeiter. Die Wartung, Modernisierung und das Ermöglichen einer mobilen Nutzung des bestehenden Systems erreicht diese Schwelle aber sicherlich noch nicht. Der vorliegende Sachverhalt ist vielmehr mit einem Update oder Upgrade eines Betriebssystems vergleichbar, etwa dem Wechsel von Windows XP auf Windows Vista – also dem Sachverhalt, dem der bereits mehrfach zitierte BGE 137 II 313 zugrunde liegt und vom Bundesgericht als Softwarepflege bzw. –weiterentwicklung eingestuft wurde, und eben gerade nicht als Neuentwicklung. Die Frage verhält sich auch in etwa umgekehrt parallel zum Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, in welchem sich die beiden Softwarefirmen in umgekehrter Konstellation gegenüberstanden; auch dort wurde das Umsteigen von D. 3 auf D. 4 als Weiter- und nicht als Neuentwicklung angesehen. Vor diesem Hintergrund erscheint dieselbe Schlussfolgerung im vorliegenden Streitfall als sachlich gerechtfertigt. f) Zur Berechtigung und Zulässigkeit der in Frage gestellten Freihandvergabe ist noch klarzustellen, dass die Beschwerdegegnerin 1 einzig über die Lizenzrechte bezüglich der Nutzung der C. -Software verfügt. Inhaberin des Geistigen Eigentums («Urheberrechte») an der strittigen Software ist immer die Beschwerdegegnerin 2, sogar über das Vertragsende hinaus (vgl. Ziff. 8.1. Rahmenvertrag). Ob die Beschwerdegegnerin 2 sich auf die eine oder andere Art den Zugriff auf den Quellcode hätte sichern müssen oder dies für die Zukunft noch zu erledigen hat – und wie es sich damit im Verhältnis der Beschwerdeführerin zu ihren Kunden verhält – ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens; eine gewisse Absicherung gegenüber der Lieferantin im Sinne einer Risikomindererung (vgl. den Literaturhinweis oben E.3e) erscheint aber nicht zuletzt im Lichte des effektiven Einsatzes öffentlicher Geldmittel als angezeigt. Nichtsdestotrotz steht fest, dass heute die Beschwerdegegnerin 2 alleinige Rechteinhaberin am Quellcode der strittigen Software ist. Neben den Rechten am Geistigen Eigentum verfügt sie auch über das Know-how für die Pflege und Weiterentwicklung des Computerprogrammes C. . Selbst wenn man der Beschwerdeführerin die notwendigen Rechte an der Software einräumen würde, hätte sie einen erheblichen Wissensrückstand, welcher sich zwangsläufig negativ auf die Systemnutzer auswirken würde. Ähnliche Risiken würden entstehen bei der Ergänzung des heutigen Systems mit Modulen eines anderen Anbieters oder dem Wechsel des gesamten Systems. Ein solches Risiko ist aber gera-

11/25 Submission PVG 2017 262 de bei einer Blaulichtorganisation so gering wie möglich zu halten bzw. wann immer möglich gänzlich zu vermeiden. Wartungs- und

Supportleistungen müssen unter allen Umständen nahtlos und ohne Einschränkung erbracht werden können. Selbst wenn ein Systemwechsel nicht ausgeschlossen ist, muss ein solcher sorgfältig geplant werden und bedeutet einen erheblichen Mehraufwand in zeitlicher, finanzieller und personeller Hinsicht, sodass er nicht ohne Not vollzogen werden sollte. Im vorliegenden Fall ist ein Systemwechsel aus objektiven Gründen nicht angezeigt, weshalb die Beschwerdegegnerin 1 mit guten Gründen ihr bewährtes System beibehalten durfte. Die Beschwerdegegnerin 2 ist als Systementwicklerin wie keine andere Anbieterin für die Erbringung der nachgefragten Dienstleistung geeignet. Zwar führt diese technische Alleinstellung der Beschwerdegegnerin 2 zu einer gewissen Abhängigkeit der Beschwerdegegnerin 1, was grundsätzlich nicht im Sinne des Vergaberechts ist. Allerdings ist diese Abhängigkeit das kleinere Übel als ein Systemwechsel mit ungewissen Unwägbarkeiten. Hinzu kommt, dass ein Systemwechsel das Problem der Abhängigkeit nicht lösen, sondern nur von der einen zur anderen Anbieterin verlagern würde. Vor diesem Hintergrund (E.3b–f) hat die Vergabebehörde in genügendem Masse dargelegt, dass es kein angemessenes Alternativangebot zum berücksichtigten Freihandanbieter gibt. Somit durfte sich die Beschwerdegegnerin 1 für die Freihandvergabe zu Recht auf die Ausnahmetatbestände von Art. 3 Abs. 1 lit. c und g SubV stützen (E.3a), an der es demnach nichts auszusetzen gibt. Der Antrag auf Durchführung einer erneuten Vergabe im ordentlichen/offenen oder im selektiven Verfahren erweist sich damit aufgrund der genannten Sonderbestimmungen von vornherein als unbehelflich. U 16 80 Urteil vom 26. April 2017

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.