

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2016/157 vom 21. Juli 2016

Sg Verwaltungsgericht, 2016-07-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2016_157

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2016/157 du 21 juillet 2016

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2016/157 del 21 luglio 2016

Regeste

Öffentliches Beschaffungsrecht. Ausschreibung Remote E-Voting, aufschiebende Wirkung verweigert (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2016/157).

Erwägungen

E. 1

Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidet gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) der Präsident des Verwaltungsgerichts.

E. 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 (dazu nachfolgend Erwägung 2.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (dazu nachfolgend Erwägung 2.1). Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Präsidentialverfügung B 2015/72 vom 15. Mai 2015, www.gerichte.sg.ch; M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2016, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 429; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin begründet das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zunächst damit, andernfalls könnten die Prinzipien der Gleichbehandlung und des wirksamen Wettbewerbs und ihre Teilnahme an der Ausschreibung nicht mehr gewährleistet werden. Die im allgemeinen öffentlichen und im individuellen privaten Interesse liegende wirksame Sicherstellung der Einhaltung des Vergaberechts vermag allerdings für sich allein die Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht zu begründen, zumal der vergaberechtlichen Beschwerde gemäss Art. 17 Abs. 1 IVöB – anders als verwaltungsgerichtlichen Beschwerden üblicherweise gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) – von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung gerade nicht zukommt. Hingegen ist beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu berücksichtigen, inwieweit die Beschwerde bei der gebotenen summarischen Prüfung als ausreichend begründet erscheint (dazu nachfolgend Erwägung 2.2). Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, die Vorinstanz könne sich nicht auf eine besondere Dringlichkeit berufen. Gegenstand der Ausschreibung sei eine Neuerung, die für die Ausübung der Stimm- und Wahlrechte der Stimmbürger oder

die Gewährleistung eines geordneten politischen Betriebs ohne jede Bedeutung sei. Die Vorinstanz hält entgegen, die Regierung habe die Staatskanzlei beauftragt, umgehend ein Nachfolgesystem für das vom Bundesrat für die eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen nicht mehr zugelassene E-Voting-System zu evaluieren. Ein Regierungsauftrag kann jedenfalls für sich allein betrachtet nicht dazu führen, dass vergaberechtliche Grundsätze nicht mehr zu beachten wären. Die Vorinstanz beruft sich sodann auf die Bedeutung des E-Voting für Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer. Unter dem früheren System seien über 60 Prozent ihrer Stimmen elektronisch abgegeben worden. Mit der weltweiten Briefpost sei eine rechtzeitige und verlässliche Stimmabgabe teilweise nicht möglich. Dadurch werde die Stimmabgabe faktisch verhindert, was der verfassungsmässigen Garantie der politischen Rechte zuwiderlaufe. Zumal das Stimm- und Wahlrecht auf Bundesebene bereits seit 1. Juli 1992 brieflich ausgeübt werden kann (vgl. AS 1991 S. 2388 ff., Botschaft über die Revision des Bundesgesetzes über die politischen Rechte der Auslandschweizer vom 15. August 1990, in: BBl 1990 III S. 445 ff.) und auch ausgeübt wird, kann nicht gesagt werden, allein die allgemeine Einführung von E-Voting ermögliche den Auslandschweizern die tatsächliche Ausübung der politischen Rechte. Indem E-Voting einen weiteren Kommunikationskanal öffnet, verbessert es zwar die Möglichkeit der politischen Mitwirkung von Auslandschweizern. Die stimmberechtigten Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer sind deshalb im Rahmen der etappenweisen Einführung der elektronischen Stimmabgabe eine prioritäre Zielgruppe (vgl. Parlamentarische Initiative Für ein Auslandschweizergesetz, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Januar 2014, in: BBl 2014 S. 1915 ff., S. 1940 f.). Eine Verpflichtung der Kantone, auf einen bestimmten Zeitpunkt hin E-Voting für Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer einzuführen, besteht jedoch nicht. Der Ständerat hat eine entsprechende Motion, mit welcher die Kantone zur Einführung von E-Voting für alle Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer bis spätestens 2019 verpflichtet werden sollten, am 7. März 2016 – wenn auch knapp – abgelehnt (AB S zum Geschäft Nr. 15.4260; act. 6/9). Zudem stellt die politische Mitwirkung im Ausland lebender Staatsangehöriger demokratietheoretisch keine Selbstverständlichkeit dar (vgl. G. Biaggini, External Voting: Wohin soll beim Auslandschweizerstimmrecht die Reise gehen?, in ZBl 114/2013 S. 469 f., S. 470). Das bestehende politische Interesse, Auslandschweizern möglichst ohne unverhältnismässigen zeitlichen Verzug auch den elektronischen Kanal zur Ausübung der politischen Rechte in der Heimat wieder zu öffnen, stellt kein besonders schwerwiegendes, der Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde entgegenstehendes öffentliches Interesse dar. Zusammenfassend bringt die Vorinstanz keine besonders gewichtigen, einer Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde entgegenstehende öffentlichen Interessen vor.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin erachtet die ersten beiden der insgesamt sieben Eignungskriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen und damit die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes als vergaberechtswidrig, weil sie zu einer unzulässigen Beschränkung des Wettbewerbs auf lediglich zwei Anbieter führe. Die beiden Eignungskriterien sind wie folgt umschrieben: Eign-1 Mindestens ein Schweizer Kanton besitzt zum Zeitpunkt des Angebots bereits die Bewilligung des Schweizerischen Bundesrates für den Einsatz des vom Anbieter offerierten E-Voting-Systems an eidgenössischen Wahlen und/oder Abstimmungen oder das Zulassungsverfahren für das Erlangen einer solchen Bewilligung wurde initialisiert. Eign-2 Der Anbieter weist

mindestens eine Referenz vergleichbarer Art (Komplexität, Umfang, Mengengerüst (Stimmberechtigte) etc.) aus für eine erfolgreich realisierte oder sich im Aufbau befindliche E-Voting-Lösung in einem Schweizer Kanton. ...

E. 2.2.1

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 (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.1). Die Auftragsdefinition liegt im Ermessen der Auftraggeberin und bleibt der gerichtlichen Überprüfung entzogen, soweit sie sich auf objektive, vertretbare Gründe stützt. Nur grundlose, unsinnige und ungerechtfertigt diskriminierende Festlegungen sind rechtswidrig. Dies gilt auch dann, wenn diese Festlegungen den Wettbewerb einschränken – solange ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. BVGer B-1875/2014 vom 16. Juli 2014 E. 5.1.6 und 5.1.10 sowie BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 6.1 und 6.3).

E. 2.2.2

Gegenstand der Ausschreibung sind einzig Arbeiten zur Installation und zum Betrieb des E-Voting-Systems (Ziffer 2.2 der Ausschreibung, act. 2/1 und 6/1). In den Ausschreibungsunterlagen wird dementsprechend vorausgesetzt, dass der Anbieter genügend im Markt etabliert ist, um Bereitstellung und Betrieb eines performanten – das heisst leistungsfähigen – E-Voting-Systems gewährleisten zu können (Ziffer 5.1.1 des Pflichtenhefts). Dem Angebot ist deshalb ein klares und nachvollziehbares Lösungskonzept, das heisst ein Konzept für das gesuchte E-Voting-System, beizulegen. Zu beschreiben sind insbesondere die Systemtechnik/Architektur und die „vollständige Verifizierbarkeit“ der Systementwicklung (Ziffer 9.5 des Pflichtenhefts, act. 6/3 Seite 49/65). In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz mit dieser Umschreibung des Gegenstands übereinstimmend aus, sie wolle Entwicklungsaufwand vermeiden (act. 5 S. 4 f., Rz. 11 ff.). Die beiden Eignungskriterien, welche die Beschwerdeführerin als unzulässig beurteilt, dienen dazu, den Kreis der möglichen Anbieter entsprechend einzuschränken. Die Angebote sollen sämtliche Arbeiten hinsichtlich Projektleitung, Konzeption, Koordination, Planung, Steuerung und Durchführung auch für den Aufbau des neuen E-Voting-Systems enthalten (Ziffer 5.7.1 des Pflichtenhefts, act. 6/3 Seite 39/65). Aufgabe des Anbieters ist es, zusammen mit dem Nutzer das IT-Projekt des E-Voting-Systems zu entwickeln und einzuführen (Ziffer 5.7.2 des Pflichtenhefts, act. 6/3 Seite 40/65). Bei der Berechnung der Gesamtkosten sind zudem die einmaligen Investitionskosten unter anderem auch für Detailkonzept und -spezifikation sowie Entwicklung/Realisierung zu berücksichtigen (Ziffer 7.1 des Pflichtenhefts, act. 6/3 Seite 44/65). Als Grundanforderung wird vorausgesetzt, dass der Anbieter in der Lage ist, ein E-Voting-System in technischer, wirtschaftlicher, personeller und organisatorischer Hinsicht nicht nur zu betreiben, sondern auch zu „erstellen“ (Ziffer 11.2 des Pflichtenhefts, act. 6/3 Seite 56/65). Diese Leistungen gehen zwar über Installation und Betrieb hinaus und umfassen auch die Entwicklung. Solche Entwicklungsarbeiten können einerseits die Anpassung des bereits bestehenden Systems an die st. gallischen Besonderheiten und andererseits den möglichen späteren Ausbau des Systems über den Bereich der elektronischen Stimmabgabe hinaus zur elektronischen Unterschriftensammlung für Referenden und Initiativen beschlagen. Anbieter, welche die Eignungskriterien 1 und 2 erfüllen, haben den „Tatbeweis“ erbracht, dass sie diese Grundanforderungen erfüllen.

E. 2.2.3

Die Einschränkungen, die sich aus den beanstandeten Eignungskriterien 1 und 2 ergeben, führen zwar dazu, dass Anbieter, welche an der Entwicklung bisheriger Systeme nicht beteiligt waren, jedenfalls im Kanton St. Gallen mangels Erfüllens der Eignungskriterien kaum Aussicht auf den Zuschlag haben. Die umstrittenen Eignungskriterien dienen ja dazu, in den Kantonen bisher eingesetzte Systeme weiterzuentwickeln. Die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes und die daraus folgenden Eignungskriterien 1 und 2 erscheinen jedenfalls bei der gebotenen summarischen Beurteilung jedoch sachlich als gerechtfertigt. Die Einführung des Vote électronique ist ein komplexes Vorhaben, das etappenweise und in Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen realisiert werden soll (vgl. Bericht über den Vote électronique. Chancen, Risiken und Machbarkeit elektronischer Ausübung politischer Rechte vom 9. Januar 2002, in: BBl 2002 S. 645 ff., S. 648, nachfolgend Bericht Vote électronique 2002). Bereits im April 2000 beschloss die Staatsschreiberkonferenz, das Projekt Vote électronique in gemeinsamen Arbeitsgruppen unter der Leitung der Bundeskanzlei weiter zu verfolgen (Bericht Vote électronique 2002 S. 650). Gestützt auf eine Verfügung der Bundeskanzlei vom 30. Juni 2000 wurde eine Arbeitsgruppe mit Vertretern der Kantone Zürich, Bern, St. Gallen, Tessin, Genf und Neuenburg sowie des Bundesamtes für Statistik für ein Vorprojekt geschaffen (Bericht Vote électronique 2002 S. 651, Bericht über die Pilotprojekte zum Vote électronique vom 31. Mai 2006, in: BBl 2006 S. 5459 ff., S. 5465, nachfolgend Bericht Vote électronique 2006). Es wurde festgehalten, die Einführung mache nur Sinn, wenn sich der Vote électronique auf die drei Ebenen von Bund, Kantonen und Gemeinden erstrecke, weshalb von Anfang an eine ganzheitliche Lösung anzustreben sei. Notwendig sei deshalb ein koordiniertes Vorgehen mit Vorgaben des Bundes. Vermieden werden müsse, dass jeder Kanton von Grund auf sein eigenes Projekt entwickle. Dies wäre ineffizient, würde zu einem elektronischen Wildwuchs führen und unnötige Folgekosten bewirken (Bericht Vote électronique 2002 S. 653). So wird denn auch der Betrieb von 26 verschiedenen Anlagen in der Schweiz aus wirtschaftlicher Sicht nicht als vertretbar beurteilt (Bericht Vote électronique 2006 S. 5527). Die Zusammenarbeit der Pilotkantone Genf, Neuenburg und Zürich untereinander und mit dem Bund brachte bis zum Jahr 2006 drei Systeme zur elektronischen Stimmabgabe hervor, die sich im Rahmen verschiedener Pilotversuche auf kommunaler, kantonaler und eidgenössischer Ebene bewährt hatten. Bereits diese Pilotprojekte wurden in enger Zusammenarbeit der Kantone mit der Bundeskanzlei realisiert (vgl. Bericht Vote électronique 2006 S. 5467). Nach diesen Pilotversuchen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Zürich sind am 1. Januar 2008 die Rechtsgrundlagen für eine erweiterte Versuchsphase in Kraft getreten (vgl. Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, Auswertung der Einführung von Vote électronique [2006-2012] und Grundlagen zur Weiterentwicklung, in: BBl 2013 S. 5069 ff. S. 5070, nachfolgend Bericht Vote électronique 2013). Ab diesem Zeitpunkt standen diese Systeme auch allen anderen Kantonen zur Verfügung. Dabei oblag es den Kantonen zu prüfen, welches System den eigenen Erfordernissen am ehesten entspricht (vgl. Bericht Vote électronique 2006 S. 5461). Seither wurden auch in den Kantonen Aargau, Bern, Basel Stadt, Freiburg, Graubünden, Luzern, Schaffhausen, Solothurn, Thurgau und St. Gallen erfolgreiche Versuche durchgeführt. Die Bundeskanzlei legte der Staatsschreiberkonferenz vom 14./15. April 2011 die entsprechende strategische Planung für das Projekt Vote électronique vor. Im August 2015 bewilligte der Bundesrat lediglich den Kantonen Genf, Luzern, Basel-Stadt und Neuenburg, für die Nationalratswahlen im Herbst 2015 auch den elektronischen Stimmkanal anzubieten. Den Gesuchen der Kantone Zürich, Glarus,

Freiburg, Solothurn, Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Aargau und Thurgau für die Zulassung des Systems des Consortiums Vote électronique, bei welchem eine Lücke beim Schutz des Stimmgeheimnisses nachgewiesen worden war und das nicht alle Anforderungen der Verordnung der Bundeskanzlei über die elektronische Stimmabgabe (SR 161.116, VEleS) erfüllte, konnte nicht entsprochen werden (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 12. August 2015, www.admin.ch). Im Rahmen der Entwicklung und des versuchsweisen Betriebs von Vote électronique ist für 2017/18 der vierte und – voraussichtlich – letzte Bericht des Bundesrates zu Vote électronique geplant. Er wird die Erfahrungen der neuen Versuchsbedingungen auswerten und gegebenenfalls Ausgangspunkt für die Überführung des elektronischen Stimmkanals in den – freiwilligen – Normalbetrieb sein (vgl. Bericht Vote électronique 2013 S. 5084).

E. 2.2.4

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Bund und mehrere Kantone gemeinsam seit dem Jahr 2000 ein Projekt zur Realisierung der elektronischen Ausübung politischer Rechte verfolgen. Sie haben seither in Zusammenarbeit mit verschiedenen Anbietern zahlreiche Fragen der komplexen technischen Anforderungen bearbeitet und sich jeweils aus einer Mehrzahl von Lösungsmöglichkeiten für konkrete Lösungen entschieden. Diese Lösungen haben – bis im Herbst 2015 – jeweils die von der Bundeskanzlei in Ausübung ihrer Zuständigkeit gemäss Art. 27f der Verordnung über die politischen Rechte (SR 161.11, VPR) für die im Verfahren der Bildung, Äusserung und Berücksichtigung des politischen Willens der Stimm- und Wahlberechtigten festgelegten Anforderungen erfüllt (vgl. zum aktuellen Stand: Bundeskanzlei, Sektion Politische Rechte, Technische und administrative Anforderungen an die elektronische Stimmabgabe, www.bk.admin.ch Themen/Politische Rechte/Vote électronique). Dementsprechend konnten jeweils die für die Durchführung der Versuche mit der elektronischen Stimmabgabe erforderlichen Grundbewilligungen des Bundesrates nach Art. 27a VPR und der Zulassung für den konkreten Urnengang durch die Bundeskanzlei nach Art. 27e VPR erteilt werden. Bei der gebotenen summarischen Beurteilung ist davon auszugehen, dass die Erteilung künftiger Grundbewilligungen und Zulassungen wesentlich auch darauf beruht, dass ein System die für die früheren Projektphasen verlangten Anforderungen jeweils erfüllt hat und damit – neben blossen Sicherheitsanforderungen – auch weiteren, im Projektverlauf definierten Merkmalen entspricht. Vereinfacht dargestellt erscheint es jedenfalls 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 will. Dass die Vorinstanz das Projekt der elektronischen Stimmabgabe mit einem Anbieter weiter verfolgen will, der bereits bisher an der Entwicklung beteiligt war, ist nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr, als die organisatorischen, technischen und politischen Herausforderungen wie dargestellt im Rahmen eines übergreifenden Projekts von Bund und Kantonen bewältigt werden sollen. Der Entwicklungsaufwand, den die Vorinstanz vermeiden will und der nur in Zusammenarbeit mit ihr und der Bundeskanzlei erbracht werden könnte, erschiene im Übrigen bei der hier gebotenen summarischen Prüfung beim System, welches die Beschwerdeführerin anbietet, als beträchtlich. Im von der Beschwerdeführerin eingereichten Zertifizierungsreport wird ausgeführt, POLYAS CORE, Version 2.2.3 der Micromata GmbH – gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin wird dieses Produkt von ihr gemeinsam mit ihrer Subunternehmerin POLYAS GmbH angeboten – sei entsprechend den Sicherheitsanforderungen geeignet, Vereinswahlen, Gremienwahlen – etwa in den

Hochschulen, im Bildung- und Forschungsbereich – und insbesondere nicht-politische Wahlen mit geringem Angriffspotential sicher auszuführen (act. 2/7 Seite 12/40). Insbesondere auch im Hinblick auf das vergaberechtliche Ziel der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. d IVöB) ist das Bestreben der Vorinstanz nachvollziehbar, ein E-Voting-System umzusetzen, welches auch die bundesrechtlichen Voraussetzungen für die Zulassung zu den eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen erfüllt (vgl. dazu Bericht Vote électronique 2002 S. 653).

E. 3

Dementsprechend erscheint die Beschwerde trotz der nicht sehr gewichtigen, der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen. Der Beschwerdeführerin wurde mit verfahrensleitender Verfügung vom 12. Juli 2016 die Frist zur Einreichung eines Angebots bis 10. August 2016 abgenommen. Davon ausgehend, dass der Beschwerdeführerin die vorliegende Zwischenverfügung am 26. Juli 2016 zugehen wird, ist ihr die Frist zur Einreichung des Angebotes um 15 Tage bis 25. August 2016, 12.00 Uhr zu erstrecken; die übrigen Vorschriften für die Fristeinhaltung gelten unverändert in analoger Anwendung von Ziff. 1.5 der Ausschreibung (act. 2/1). Die Vorinstanz ist anzuweisen, sämtliche eingegangenen Angebote im Rahmen der Offertöffnung erst am 26. August 2016 zu öffnen.

E. 4

Der Vorinstanz ist Gelegenheit einzuräumen, bis 18. August 2016 ihre Vernehmlassung vom 15. Juli 2016 in der Sache zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen. Die Gerichtsferien gelten nicht.

E. 5

Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt. Der Präsident Eugster

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