

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00780 vom 11. August 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-08-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00780

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00780 du 11 août 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00780 del 11 agosto 2016

Regeste

Submission | Freihändige Vergabe von Wartungs- und Supportarbeiten an einem EDV-System zur polizeilichen Vorgangsbearbeitung an die bisherige Anbieterin (Vertragsverlängerung). Die als privatrechtlicher Verein konstituierte Vergabebehörde ist als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB zu qualifizieren, weshalb sie subjektiv dem Vergaberecht untersteht (E. 1.1). Sie verfügt über die nötigen Vergabebefugnisse (E. 1.2). Nichteintreten auf ein verspätet vorgebrachtes Rechtsbegehren; Nichteintreten auf ein Rechtsbegehren, welches weder den Streitgegenstand betrifft noch der Zuständigkeit der hiesigen Gerichtsbarkeit unterliegt (E. 2). Das Verfahren betrifft einzig die Fortführung der Wartungs- und Supportarbeiten am bestehenden System sowie relativ geringfügige Weiter- und Neuentwicklungen. Mit der Submissionsbeschwerde kann nicht verlangt oder erreicht werden, dass ein anderes als das zulässigerweise ausgeschriebene Produkt beschafft wird. Soweit die Beschwerdeführerin einen Wechsel auf das von ihr entwickelte System anbietet, fehlt ihr mithin die Beschwerdelegitimation (E. 3.1). Mit ihrem den Beschwerdegegenstand betreffenden Angebot erfüllt sie dagegen die Legitimationsvoraussetzungen: Gegen Freihandvergaben sind zwar nur potenzielle Anbieter beschwerdelegitimiert, dieses Kriterium darf jedoch vorliegend nicht zu eng ausgelegt werden. Es genügt, dass die Beschwerdeführerin (als primäre Konkurrentin der Zuschlagsempfängerin im betreffenden Markt) ihre potenzielle Anbietereigenschaft auf eine einschlägige Branchenzugehörigkeit abstützen kann (E. 3.2). Um die Fortführung der Arbeiten am bestehenden System zu gewährleisten, müsste die Beschwerdeführerin sich mit erheblichem Aufwand einarbeiten, was mit verschiedenen Unwägbarkeiten verbunden wäre, die insgesamt unzumutbar erscheinen. Die Zuschlagsempfängerin hat das bestehende System entwickelt und während rund 20 Jahren betreut; sie ist wie keine andere Anbieterin zur Erbringung der nachgefragten Dienstleistung geeignet und die Vergabebehörde durfte diese mithin gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. c und f SubmV freihändig an sie vergeben (E. 4). Abweisung, soweit auf die Beschwerde eingetreten wird.

Erwägungen

E. 1

Entscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber über eine freihändige Vergabe können ebenso wie andere Vergabeentscheide unmittelbar mit der Beschwerde gemäss Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 2000 Nr. 62

= BEZ 2000 Nr. 26). Bei der Vorinstanz handelt es sich um einen Verein nach Art. 60 ff. ZGB. Im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung ist daher vorab zu klären, ob diese privatrechtlich konstituierte Organisation subjektiv dem Vergaberecht untersteht und ob sie gegebenenfalls auch über die nötigen Vergabebefugnisse verfügt.

E. 1.1

Welche Auftraggebende in den Kantonen subjektiv dem Vergaberecht unterstehen, wird in Art 8 Abs. 1 IVöB geregelt, der insoweit die staatsvertraglichen Vorgaben von Anhang I Annex 2 des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) umsetzt. Neben Kantonen und Gemeinden zählen dazu insbesondere auch "Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler und kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten" (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB). Eine Definition des Begriffs "Einrichtung des öffentlichen Rechts" wird in diesen einschlägigen Bestimmungen indes nicht geliefert. Eine solche findet sich aber dennoch im massgeblichen Staatsvertragsrecht, nämlich in Anhang I Annex

E. 1.1.1

Bei den streitbetroffenen "Applikationsportfolios im Polizeiumfeld" handelt es sich um die von der Kantonspolizei Zürich und den Stadtpolizeien von Zürich und Winterthur genutzte umfassende EDV-Lösung zur polizeilichen Vorgangsbearbeitung, kurz Polis genannt. Die Anfänge von Polis reichen bis in die frühen 90er-Jahre zurück, als die Rechtsvorgängerin der heutigen Mitbeteiligten erstmals mit Installation, Entwicklung und Unterhalt einzelner Software-Applikationen betraut wurde. In Zusammenarbeit mit den drei Polizeikörpern wurde Polis seither stetig weiterentwickelt. Seit 1999 schloss die Mitbeteiligte mit den drei Körpern jeweils separate Vertragswerke ab, die sowohl die Wartung und Pflege des Applikationsportfolios als auch die Realisierung neuer Projekte umfassten. Die Laufzeit dieser seit 2007 vereinheitlichten Verträge wurde seither verlängert, letztmals bis Ende 2016, mit dem ausdrücklichen Vorbehalt einer stillschweigenden Verlängerung um ein weiteres Jahr. Im November 2014 stifteten die drei Polizeikörper ihre bisherige Einkaufsgemeinschaft mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit aus, indem sie diese in einen Verein nach Art. 60 ff. ZGB überführten. Mitglieder dieses Vereins "Arge Polis" sind die Kantonspolizei Zürich, die Stadtpolizei Zürich und die Stadtpolizei Winterthur, wobei vorgesehen ist, dass "weitere schweizerische kantonale Polizeikörper" dem Verein als Mitglieder beitreten können. Zweck des Vereins ist die "Finanzierung, die Sicherung des Betriebes und die Weiterentwicklung des Polis-Portfolios" sowie die Möglichkeit, die entsprechende Software seinen Mitgliedern zur Nutzung zur Verfügung zu stellen (Art. 1 Abs. 2 der Vereinsstatuten).

E. 1.1.2

Als Verein nach Art. 60 ff. ZGB verfügt die Vergabestelle über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Mit der nutzer- und nutzungsbezogenen Beschränkung auf Polizeikörper und die Erfüllung polizeilicher Aufgaben sind auch die Kriterien "Staatsgebundenheit" und Wahrnehmung von öffentlichen bzw. "Allgemeininteressen" ohne Weiteres zu bejahen. Eine "kommerzielle bzw. ausschliesslich kommerzielle Tätigkeit" ist anzunehmen, wenn eine Einrichtung umfassend und ausnahmslos gewerblich tätig ist (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 136). Nachdem die Beschwerdegegnerin bislang de facto nur die ursprüngliche Einkaufsgemeinschaft fortführt bzw. gar nicht aktiv als Wirtschaftssubjekt am Markt aufgetreten ist, kann eine "ausschliesslich kommerziellen

Tätigkeit" ohne Weiteres ausgeschlossen werden. Mithin sind sämtliche funktionalen Kriterien erfüllt und die beschwerdegegnerische Arbeitsgemeinschaft ist als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB zu qualifizieren.

E. 1.2

Damit bleibt noch zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin auch über die entsprechenden Vergabebefugnisse verfügt, was von der Beschwerdeführerin ausdrücklich bestritten wird.

E. 1.2.1

Gemäss Art. 98 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV, LS 101) kann die Erfüllung öffentlicher Aufgaben Dritten übertragen werden. Dazu können Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts geschaffen oder Beteiligungen an solchen eingegangen werden. Wie jegliches staatliches Handeln bedarf auch die Übertragung öffentlicher Aufgaben einer genügenden gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101], Art. 2 Abs. 1 KV). Die gesetzliche Grundlage genügt, wenn es sich um eine generell-abstrakte Regelung des öffentlichen Rechts handelt, die auf der richtigen Normstufe (Gesetz oder Verordnung) erlassen wurde und deren Inhalt ausreichend bestimmt ist (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 19 Rz. 14 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 381 ff.). Während das Gesetzmässigkeitsprinzip in der Eingriffsverwaltung umfassend gilt, sind die Anforderungen an Normstufe und Normdichte im Bereich der Leistungsverwaltung weniger strikt. In der Bedarfsverwaltung ist das Gesetzmässigkeitsprinzip schliesslich nur dort von Bedeutung, wo die entsprechende Tätigkeit dem öffentlichen Recht untersteht (Tschannen/Zimmerli/Müller, § 19 Rz. 26 und 28).

E. 1.2.2

Gemäss § 52 des Polizeigesetzes vom 23. April 2007 (PolG; LS 550.1) ist die Polizei befugt, zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Führung ihrer Geschäftskontrolle Daten zu bearbeiten und dazu geeignete Datenbearbeitungssysteme zu betreiben (Abs. 1). Sodann bestimmt § 54 Abs. 1 PolG: Die Kantonspolizei und die Stadtpolizeien Zürich und Winterthur betreiben gemeinsam ein polizeiliches Datenbearbeitungs- und Informationssystem. Die durch den gemeinsamen Betrieb dieser EDV-Lösung bedingten Beschaffungen sind der Bedarfsverwaltung zuzuordnen. Da die konkret zu beschaffenden Leistungen nicht dem öffentlichen Recht unterstehen, erfordert auch die Übertragung der Beschaffungsfunktion auf einen Dritten im Sinn von Art. 98 Abs. 1 KV keine weitergehende gesetzliche Regelung. Als Verein im Sinn von Art. 60 ff. ZGB verfügt die beschwerdegegnerische Arge Polis sodann über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie kann folglich die ihr übertragenen Rechte und Pflichten selbständig wahrnehmen. Mithin ist sie befugt, Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts zu erlassen und Verträge abzuschliessen. Dies umfasst zwar nicht die entsprechende Ausgabenkompetenz, was aber unproblematisch ist, wenn der Zuschlag – wie hier – unter Vorbehalt der Kreditgenehmigung durch die zuständigen Instanzen der einzelnen Vereinsmitglieder erfolgt. 2. 2.1 Mit ihrer Replik vom 14. März 2016 stellte die Beschwerdeführerin das "zusätzliche" Rechtsbegehren: "[...] für den Fall, dass die angefochtene Verfügung nicht aufgehoben wird, sei festzustellen, dass weitere Mitglieder des Beschwerdegegners, die im Zeitpunkt der Verfügung (8. Dezember 2015) noch nicht Mitglieder des

Beschwerdegegners waren, keine Leistungen gestützt auf die angefochtene Verfügung beziehen dürfen und der entsprechende Zusatz in Ziff. 4.4 der amtlichen Publikation der Vergabe zu korrigieren ist. " Nach Ablauf der Beschwerdefrist können die Anträge zur Sache nicht mehr ergänzt oder erweitert werden; zulässig ist nur mehr die Beschränkung auf ein Minus im Sinn eines Teilrückzugs. Was die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, ist unbehelflich. Insbesondere trifft es nicht zu, dass ihr die antragsbegründenden Umstände mangels Aktenkenntnis nicht früher bekannt waren. Wie aus dem Antrag zweifelsfrei hervorgeht, bezieht sich dieser auf einen Passus in Ziff. 4.4 der als Beschwerdebeilage eingereichten amtlichen Zuschlagspublikation. Die betreffende Option für weitere Mitglieder wird denn auch in der Beschwerdebegründung ausdrücklich aufgegriffen (vgl. E. 2.2), wenn auch ohne Bezug zu einem entsprechenden Antrag. Auf das nachträgliche Rechtsbegehren ist demgemäss zufolge Verspätung nicht einzu treten. 2.2 Bereits in der Beschwerde wird ausgeführt, in der zitierten Ziff. 4.4 des Publikationstextes sei von einem "Optionsauftrag" für "weitere Mitglieder" die Rede. Für solche künftige Neumitglieder gehe es dereinst nicht bloss um die Änderung, Erweiterung oder Ergänzung einer bereits vorhandenen Applikation, sondern um die Beschaffung eines neuen Systems. Solche zukünftige Beschaffungen würden hier quasi auf Vorrat getätigt, was nicht zulässig sei. In der Zukunft liegende potentielle Beschaffungen "per Vereinsbeitritt" sind aktuell nicht Verfahrensgegenstand und fallen ohnehin nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Als Neumitglieder kommen gemäss Art. 2 Abs. 2 der Vereinsstatuten von vornherein nur Polizeikorps aus anderen Kantonen in Frage, welche bezüglich ihrer Beschaffungen nicht der hiesigen Gerichtsbarkeit unterstehen. Diesbezüglich ist auf die Beschwerde folglich ebenfalls nicht einzutreten.

E. 3

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug 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 Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 lit. a des Verwaltungsrechtspflegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Wendet sich ein Interessent gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen oder im Einladungsverfahren und macht er geltend, dass zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags (im offenen oder selektiven Verfahren) verzichtet worden sei, so erfüllt er diese Legitimationsvoraussetzungen, sofern er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht (VGr,

E. 3.1

Beschaffungsgegenstand ist die "Verlängerung des Vertrages für Pflege und Support sowie Weiter- und Neuentwicklung" von Polis. Die bisher zwischen den Mitgliedern der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten unter diesem Titel geschlossenen Verträge vom 30. August 2007 sollen nun in einem einzigen Vertrag zusammengefasst und verlängert werden. Bei Polis handelt es sich um eine umfassende, auf die im Verein Arge Polis zusammengeschlossenen Polizeikorps zugeschnittene Informatiklösung zur polizeilichen Vorgangsbearbeitung, welche über diverse Schnittstellen mit weiteren Systemen verknüpft ist. Entwickelt wurde Polis von der Mitbeteiligten im Rahmen einer über 20 Jahre andauernden Zusammenarbeit mit den beteiligten Polizeikorps. Mit Polis

werden polizeiliche Daten erfasst, archiviert, bearbeitet und an nachfolgende Stellen weitergeleitet; nahtlos, vom Tatort bis zur Staatsanwaltschaft. Die Einsatzkräfte verfügen über mobile Geräte, mit denen sie die Daten vor Ort erfassen, welche dann direkt ins System übernommen werden. Die grosse Bedeutung von Polis für den polizeilichen Alltag der drei Korps mit ihren 5'000 lizenzierten Nutzenden ist unbestritten. Das System ist erfolgreich im Einsatz und läuft heute in der Version " Polis 4". Ein Systemwechsel steht erklärermassen nicht zur Diskussion. Vielmehr geht es einzig um die Fortführung der Dienstleistungen betreffend "Pflege und Support sowie Weiter- und Neuentwicklung" von Polis. Die Beschwerdeführerin bietet unter der Bezeichnung Z ebenfalls ein Produkt zur Vorgangsbearbeitung an. Z ist schweizweit bei mehreren kantonalen Polizeikorps im Einsatz, wobei die Gesamtzahl der lizenzierten Nutzenden unbestrittenermassen in etwa derjenigen von Polis entspricht. Ob das Produkt der Beschwerdeführerin (Z) vom Leistungsumfang her mit Polis vergleichbar ist bzw. eine angemessene Alternative dazu darstellen könnte, wird von der Beschwerdegegnerin und der Mitbe teiligten vehement bestritten, braucht vorliegend jedoch gar nicht geprüft zu werden. Mit der Submissionsbeschwerde kann nicht verlangt oder erreicht werden, dass ein anderes Produkt beschafft wird als dasjenige, das bei zulässiger Umschreibung des Auftrags beschafft wird (VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00215, E. 2.2.1; 23. November 2001, VB.2000.00275, E. 2.c). Wie auch die Beschwerdeführerin einräumt, würde der von ihr verfochtene Systemwechsel einen erheblichen technischen, finanziellen und betrieblichen Aufwand bedeuten. Gründe, welche für einen solchen Wechsel sprechen würden, sind indes weder dargetan noch ersichtlich. Vielmehr ist die Beschwerdegegnerin mit ihrer derzeitigen Lösung erklärermassen sehr zufrieden. Die Beschränkung des Beschaffungsgegenstandes auf Pflegeleistungen am bestehenden System ist denn auch ohne Weiteres nachvollziehbar und dementsprechend klar zulässig. Soweit sich die Beschwerdeführerin nicht nur als alternative Erbringerin der nachgefragten Dienstleistung anpreist, sondern einen eigentlichen Systemwechsel bzw. einen gänzlich anderen Beschaffungsgegenstand anbietet, fehlt ihr demzufolge die Beschwerdelegitimation.

E. 3.2

Es bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem den Beschaffungsgegenstand betreffenden Leistungsangebot die Legitimationsvoraussetzungen erfüllt. Da die Legitimation zur Beschwerde gegen Freihandvergaben nur potenziellen Anbietenden zusteht, hat die Beschwerdeführerin hinreichend substantiiert darzutun, dass die von ihr angebotene Leistung funktional der freihändig vergebenen entspricht bzw. dass sie das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis mit einem entsprechenden bzw. gleichartigen Angebot zu befriedigen vermöchte. Hinsichtlich des gebotenen Substantiierungsgrads weist die Beschwerdeführerin zwar zutreffend darauf hin, dass von ihr kein Angebot auf ein ihr nicht bekanntes Pflichtenheft verlangt werden kann. Umgekehrt kann indes auch von der Vergabestelle kein strikter Beweis dafür verlangt werden, dass keine angemessenen Alternativen bestehen: "Das Vorhandensein angemessener Alternativen ist die anspruchsbegründende Tatsache, aus welcher die [Beschwerdeführerin] die Unrechtmässigkeit der Freihandvergabe und damit ihre Zulassung zu einem Submissionsverfahren [ableitet]; sie [trägt] deshalb dafür nach Art. 8 ZBG die Beweislast" (BGE 137 II 313, 325 E. 3.5.2, auch zum Folgenden). Der Vergabestelle die Beweislast für das Fehlen angemessener Alternativen aufzuerlegen, würde darauf hinauslaufen, einen Beweis negativer Tatsachen zu verlangen. Dies wird grundsätzlich nur zurückhaltend angenommen und würde nach Treu und Glauben auch die Mitwirkungspflicht der Gegenseite erhöhen, deren

Verletzung bei der Beweiswürdigung dann wiederum zu berücksichtigen wäre. Wie das Bundesgericht weiter festhält (a.a.O.) stünde eine solche Beweislastverteilung überdies im Widerspruch zum Wesen des Freihandverfahrens: "Um abklären zu können, ob günstigere Angebote vorhanden sind, müsste nämlich die Vergabebehörde Alternativofferten einholen. Damit wäre als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Freihandverfahrens eine Art offenes oder selektives Verfahren durchzuführen, was dem Wesen des Freihandverfahrens gerade widerspricht. Der Dritte, der behauptet, es bestünden angemessene Alternativen, muss daher substantiiert solche Alternativen anbieten und darlegen, dass sie angemessen sind, und zwar unabhängig davon, ob die Frage im Rahmen des Eintretens oder der materiellen Beurteilung geprüft wird." Die Beschwerdeführerin begründet ihren potentiellen Anbieterstatus mit ihrem Konkurrenzprodukt bzw. damit, die entsprechenden Pflegeleistungen für ihr eigenes Produkt und damit verknüpfte Drittprodukte seien mit den nachgefragten Dienstleistungen vergleichbar.

E. 3.2.1

Bei Polis handelt es sich um eine sogenannt proprietäre Software, d. h., ihr Source Code ist nicht öffentlich zugänglich. Die Beschwerdeführerin ist daher derzeit unbestrittenermassen rechtlich gar nicht in der Lage, die nachgefragten Dienstleistungen an Polis4 zu erbringen. Sie macht indes geltend, wie aus drei Internetpublikationen zur Gründung der Beschwerdegegnerin und dem Geschäftsbericht 2014 der Kantonspolizei Zürich hervorgehe, habe die Mitbeteiligte der Beschwerdegegnerin im Zuge der Vereinsgründung sämtliche Lizenzrechte am Polis-Portfolio abgetreten. Als Rechteinhaberin könne die Beschwerdegegnerin insbesondere die Bearbeitungsrechte auch Dritten einräumen und so beispielsweise die Beschwerdeführerin rechtlich in die Lage versetzen, eine gleichwertige Alternative zum Angebot der Mitbeteiligten abzugeben. Dem halten die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte entgegen, die besagten Publikationen würden bezüglich der Regelung der Schutzrechte an Polis unzutreffende Angaben enthalten. Wer die Rechte innehat, bestimme sich einzig nach Massgabe der geltenden Verträge zwischen den drei Polizeikorps und der Mitbeteiligten vom 30. August 2007. Dort wird jeweils in Ziffer 3.1 als Grundsatz statuiert, die Schutzrechte an Polis stünden der Mitbeteiligten "und den drei Polizeikorps (je einzeln) gemeinschaftlich zu". In Ziffer 3.3 findet sich sodann eine Regelung zur Ausübung der Rechte, wonach "das Vertriebsrecht sowie das Recht zur Softwarepflege, [...] für die Dauer dieses Vertrages ausschliesslich" durch die Mitbeteiligte ausgeübt wird. Gleichzeitig verzichten die Polizeikorps solange auf die Ausübung ihrer Rechte an der Software, es sei denn, einer der vertraglich ausdrücklich vorbehaltenen Fälle tritt ein. Dann wären die Polizeikorps wiederum berechtigt, ihre "Rechte ohne weiteres, auch ohne Zustimmung" der Mitbeteiligten auszuüben. Einer dieser Vorbehalte betrifft die Vertragsauflösung infolge Kündigung (a.a.O. Ziff. 3.3.2). Im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung infolge Kündigung könnten die drei Polizeikorps die Rechte, insbesondere auch dasjenige zur Softwarepflege, demnach frei ausüben bzw. – im Sinn des von der Beschwerdeführerin vertretenen Standpunkts – auch auf einen Dritten übertragen. Ob dies für die Beendigung des Vertrags infolge Vertragsablaufs ebenfalls gilt, oder ob in diesem Fall nicht doch eine Zustimmung der Mitbeteiligten nötig wäre, bleibt allerdings unklar. Diese Frage braucht hier indes nicht abschliessend geklärt zu werden, sofern sich nachfolgend bestätigen sollte, dass eine freihändige Vergabe der Pflegeleistungen an die Mitbeteiligte bereits aus anderen Gründen gerechtfertigt ist.

E. 3.2.2

Angesichts der bisherigen rechtlichen und dementsprechend auch technischen Exklusivität des Beschaffungsgegenstands sind auch die Anforderungen an den der Beschwerdeführerin obliegenden Legitimationsnachweis zu relativieren. Die Forderung der Mitbeteiligten, wonach die Beschwerdeführerin zu belegen habe, dass sie bereits Software mit einem ähnlich komplexen Source Code wie demjenigen von Polis betreut habe, geht jedenfalls zu weit. Eine solche Forderung setzt Kenntnisse über den Source Code von Polis voraus, die der Beschwerdeführerin eben gerade nicht zugänglich sind. Im Übrigen dürfte ein derartiger technischer Nachweis auch die Grenzen der gerichtlichen Überprüfbarkeit sprengen. Vielmehr muss es vorliegend unter dem Titel des Legitimationsnachweises genügen, dass die Beschwerdeführerin ihre potenzielle Anbietereigenschaft auf eine einschlägige Branchenzugehörigkeit abstützen kann. Nachdem es sich bei ihr unbestrittenermassen um die primäre Konkurrentin der Mitbeteiligten "im Schweizer Polizei-Informatik-Markt" handelt, ist diese Voraussetzung erfüllt und es ist insoweit auf ihre Beschwerde einzutreten.

4. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. c, f und h SubmV sei sie vorliegend zur freihändigen Vergabe des Auftrags befugt. 4.1 Gemäss § 10 Abs. 1 lit. c SubmV kann ein Auftrag unabhängig vom Auftragswert freihändig vergeben werden, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Aufgrund der bisherigen rechtlichen und technischen Alleinstellung (vgl. hierzu Gianni Fröhlich-Bleuler, die Vergabe von IT-Verträgen, in: Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 51 ff.) der Mitbeteiligten verfügt die Beschwerdeführerin über keine Vorkenntnisse technischer und konzeptioneller Art. Sie macht zwar in der Replik erstmals geltend, der "überwiegende Teil" ihrer Mitarbeitenden verfüge "über [...] einschlägige Erfahrung in der von Polis verwendeten Basistechnologie." Abgesehen davon, dass dieses Vorbringen verspätet erfolgt, bleibt mangels Substantiierung auch gänzlich offen, was das für eine "Basistechnologie" sein soll. Nachdem die Beschwerdeführerin nicht behauptet, bei besagten Mitarbeitenden handle es sich um ehemalige Angestellte der Mitbeteiligten, können sich deren angeblichen "Kenntnisse" jedenfalls nicht auf die Entwicklungen der letzten 20 Jahre beziehen. Mithin kann ihnen ohnehin kein wesentliches Gewicht beigemessen werden. Selbst wenn die Beschwerdeführerin nun rechtlich in die Lage versetzt würde, die nachgefragten Dienstleistungen zu erbringen, müsste sie sich das technische Know-how über Polis folglich erst noch erarbeiten. Dabei ist von einem erheblichen Einarbeitungsbedarf auszugehen. Polis bietet seinen 5'000 Nutzenden eine einheitliche Führung durch sämtliche Funktionsebenen der Polizeiarbeit, inklusive der Schnittstellen zu mehreren Umsystemen. Das System unterstützt auch den Einsatz von mobilen Geräten (Tablets, Smartphones), was beispielsweise beim Produkt der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht der Fall ist. Von dieser sowohl in technischer als auch konzeptioneller Hinsicht umfangreichen Funktionalität von Polis kann ohne Weiteres auf die Komplexität des entsprechenden Source Codes geschlossen werden. Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, technisch und fachlich stelle dies für sie kein Problem dar, wenn ihr die entsprechende Entwicklungsdokumentation ausgehändigt werde. Gestützt darauf könne jeder qualifizierte Softwareentwickler die Software innert kurzer Zeit nutzen, pflegen und weiterentwickeln, sei dies bei internen Personalwechseln oder beim Wechsel des Anbieters. Dem lässt sich entgegenhalten, dass eine solche Dokumentation höchstens einen Teil des systembezogenen technischen Kenntnisstands der Mitbeteiligten wiedergibt. Ihre in rund 20 Jahren gesammelten prozessualen Kenntnisse zu den

spezifischen Bedürfnissen der Zürcher Polizeikorps sind darin im Übrigen gar nicht abgebildet. Auch kann ein interner Personalwechsel schwerlich dem Anbieterwechsel gleichgesetzt werden. Die Pflege eines Systems dieser Gröszenordnung und Bedeutung muss personell so breit abgestützt sein, dass sowohl die interne Stellvertretung als auch ein Personalwechsel ohne relevanten Know-how-Verlust möglich sind. Beim Anbieterwechsel kommt es demgegenüber zum totalen Bruch. Selbst wenn man davon ausgeht, ein solcher Wissensvorsprung der Systementwicklerin lasse sich mit der Zeit wettmachen, bleibt die Frage nach der Dauer dieser Einarbeitungszeit und den damit verbundenen Unwägbarkeiten. Angesichts der grundlegenden Bedeutung von Polis für den Polizeialltag ist das Risiko einer Wartungslücke unter allen Umständen zu vermeiden. Wartungs- und Supportdienstleistungen müssen nahtlos und ohne Einschränkungen erbracht werden. Will man Drittanbietern eine angemessene Einarbeitungszeit mit Zugang zum Source Code gewähren, müsste also parallel dazu die Erbringung der strittigen Dienstleistungen sichergestellt sein, wofür vorliegend nur die Mitbeteiligte in Frage kommt. Ob diese einer einstweiligen Weiterführung ihrer Leistungen unter Einschränkung ihrer bisherigen, exklusiven Rechtsausübung an Polis 4 zustimmen würde, ist mehr als fraglich. Und selbst wenn, ist zu bezweifeln, dass sie der Softwarepflege unter diesen Umständen noch mit der gleichen Motivation nachkommen würde. Die mit einem solchen Szenario verbundenen Risiken und Unsicherheiten sind weder sachdienlich noch zumutbar. Hinzu käme noch der mit jedem Anbieterwechsel verbundene betriebliche, technische und finanzielle Aufwand, welcher vorliegend durch kein erkennbares Verbesserungspotenzial gerechtfertigt wäre (vgl. vorne E. 3.1). Zusammenfassend kann daher im Sinn der Beschwerdegegnerin festgestellt werden, dass die Mitbeteiligte als Systementwicklerin wie keine andere Anbieterin zur Erbringung der nachgefragten Dienstleistungen geeignet ist. Die Fremdwartung dieser massgeschneiderten Systemlösung wäre mit einem unzumutbaren Mehraufwand verbunden und stellt daher keine angemessene Alternative dar. Dies gilt auch für die von der Beschwerdeführerin eventualiter verfochtene Verkürzung der vorgesehenen Vertragsdauer. Solange das massgeschneiderte System zur Zufriedenheit der Vergabestelle funktioniert, wird sich an der technischen Alleinstellung der Mitbeteiligten nichts ändern. Eine derart weitreichende Abhängigkeit von einer Anbieterin ist zwar nicht im Sinn des Vergaberechts. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend bemerkt, erweist sie sich derzeit allerdings als das "kleinere Übel". Ein Systemwechsel würde das Problem im Übrigen nicht lösen. Vielmehr würde dadurch aus heutiger Sicht nur eine proprietäre Software durch eine andere bzw. eine Abhängigkeit durch eine neue ersetzt. Dass sich an diesen Sachzwängen vor Ablauf der Vertragsdauer etwas ändert, erscheint unwahrscheinlich. Letztere ist jedoch vorliegend ohnehin sehr flexibel ausgestaltet; sie beträgt nur ein Jahr mit der jährlich gestaffelten Option auf weitere sechs Jahre. Sollten sich die Verhältnisse grundlegend ändern, dürfte auch die Ausübung der verbleibenden Optionen in Frage gestellt sein. Die getroffene Regelung ist der Sachlage daher durchaus angemessen.

4.2 Ferner wendet die Beschwerdeführerin ein, die Höhe des Auftragswerts lege nahe, dass neben gewöhnlichen Pflege- und Supportleistungen für im Einsatz stehende Software noch umfangreiche Ergänzungen und Erweiterungen beschafft werden sollen. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, Software sei keine statische Ware. Dementsprechend sei auch das derzeitige Polis 4 laufend zu pflegen, um entdeckte Fehler zu beseitigen und um es an veränderte Verhältnisse anzupassen. Dies gelte für Änderungen im Informatikumfeld ebenso wie für solche im polizeilichen (z. B. neue Schnittstellen mit Bundesbehörden) oder rechtlichen (z. B. Eingabemasken für Polizeirapporte) Umfeld. Sämtliche dieser

Änderungen erfolgten auf dem bestehenden System Polis 4, ohne dieses in seiner Grundstruktur zu ändern. Der Beschwerdegegnerin ist beizupflichten, dass Weiterentwicklungen des bestehenden Produkts grundsätzlich ebenfalls von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV erfasst werden. Daneben erlaubt § 10 Abs. 1 lit. f SubmV die freihändige Vergabe von Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen an den ursprünglichen Anbieter, wenn einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet werden kann. Diese Voraussetzung ist vorliegend ebenfalls erfüllt. Wenn schon für 'Wartung und Support' in technischer Hinsicht keine angemessene Alternative zur Leistungserbringung durch die Systementwicklerin besteht, gilt das erst recht für den weitergehenden Systemausbau. Der Beschwerdegegnerin ist denn auch ohne Weiteres beizupflichten, dass einzig die Mitbeteiligte die Austauschbarkeit und Kompatibilität entwicklungsbedingter Anpassungen am System zu gewährleisten vermag. Entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht sind unter diesem Titel auch umfangreiche Weiterentwicklungen zulässig, es sei denn, diese würden die Grenze zur Lieferung eines neuen Produkts überschreiten (vgl. Fröhlich-Bleuler, Rz. 64). Wo diese Grenze verläuft, ist nicht immer klar bestimmbar. Vorliegend kann davon jedoch ohnehin keine Rede sein. Wie aus der "Aufstellung über die Auftragssumme" hervor geht, bezieht sich der Auftragspreis von Fr. 2 Mio. pro Jahr zur Hauptsache auf die bisherigen Spezifikations-Positionen für Wartung und Support. Für Weiter- und Neuentwicklungen verbleibt daneben unter der Bezeichnung "Downpayment" ein Budget von insgesamt Fr. 350'000.-/Jahr, welches sich (nur) die Kantonspolizei und die Stadtpolizei Zürich teilen. Systematisch sind die beiden Budgetpositionen jeweils der "Wartung und Support Polis (Grundpaket)" unterstellt. Sowohl dieses Splitting als auch die Höhe der Beträge lassen nicht auf umfangreiche Ausbauten des bestehenden Systems, geschweige denn auf die Beschaffung eines neuen Produkts schliessen. Nachdem sich die freihändige Vergabe des strittigen Auftrags bereits aus den vorstehenden Gründen als zulässig erweist, ist der kaum begründeten Berufung der Beschwerdegegnerin auf § 10 Abs. 1 lit. h SubmV nicht mehr weiter nachzugehen.

E. 5

Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu je einer solchen an die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Bei der Bemessung der Entschädigung an die Beschwerdegegnerin ist allerdings zu beachten, dass diese mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist. Auf der Entschädigung für die Mitbeteiligte ist entgegen deren Antrag keine Mehrwertsteuer zuzusprechen; es ist davon auszugehen, dass die Mitbeteiligte vorsteuerabzugs berechtigt ist.

E. 6

Da der Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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