



**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS GRAUBÜNDEN  
DRETGIRA ADMINISTRATIVA DAL CHANTUN GRISCHUN  
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DEL CANTONE DEI GRIGIONI**

U 16 80

**1. Kammer**

Vorsitz                      Audétat  
Richter                      Racioppi, Stecher  
Aktuar                        Gross

**URTEIL**

vom 26. April 2017

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

A. \_\_\_\_\_ GmbH,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roberto Dallafior,  
gegen Beschwerdeführerin

Kantonspolizei Graubünden,  
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Carole Gehrler Cordey,  
und Beschwerdegegnerin 1

B. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marco Sulser,  
Beschwerdegegnerin 2

betreffend Submission

1. In diesem Verfahren stehen sich – gleich wie in Submissionsbeschwerdeverfahren in anderen Kantonen – zwei Anbieterinnen von Polizei-Software gegenüber und kämpfen um Marktanteile. Auf der einen Seite ist dies die Firma B.\_\_\_\_\_ AG mit ihrer Produktreihe IT-Produkt 'C.\_\_\_\_\_'; auf der anderen Seite steht die Firma A.\_\_\_\_\_ GmbH, welche die Software 'D.\_\_\_\_\_ ' herstellt.

Die Anwender dieser Polizeisoftware organisierten sich zunächst zu einer interkantonal zusammengesetzten Erfahrungsgruppe und gründeten schliesslich im Jahr 2000 die Arbeitsgemeinschaft C.\_\_\_\_\_ (ARGE C.\_\_\_\_\_). Diesem Zweckverband gehörten im Jahr 2014 20 kantonale Polizeikorps – u.a. auch dasjenige des Kantons Graubünden – sowie diverse mit ihnen verbundene Stadtpolizeien an. Die drei grossen Polizeikorps des Kantons Zürich (Kantonspolizei Zürich, Stadtpolizeien Zürich und Winterthur) verwenden demgegenüber das 'Applikationsportfolio im Polizeiumfeld' (D.\_\_\_\_\_ ) der A.\_\_\_\_\_ GmbH. Sie sind seit vielen Jahren in der Arbeitsgemeinschaft D.\_\_\_\_\_ (ARGE D.\_\_\_\_\_ ) organisiert, welche sich im November 2014 als Verein konstituierte.

Die Mitglieder der ARGE C.\_\_\_\_\_ waren sich einig, dass die im Einsatz stehende Software C.\_\_\_\_\_3 (IT-Lösung für die Vorgangsbearbeitung/Rapportierung sowie weitere Umsysteme und Tools für den Einsatz bei Kantonspolizeien) durch B.\_\_\_\_\_ in einem mehrstufigen Prozess erneuert und weiterentwickelt werden musste. Am 11. Juli 2014 erteilte die im Kanton Zug domizilierte ARGE C.\_\_\_\_\_ als Trägerorganisation sämtlicher ihr angeschlossener Kantonspolizeien im Rahmen eines freihändigen Vergabeverfahrens der B.\_\_\_\_\_ den Zuschlag für die Migration des Produktes C.\_\_\_\_\_3 auf das Produkt C.\_\_\_\_\_3+ zum Preis von Fr. 10'444'325.--. Die Vergabe wurde am 8. August 2014 publiziert. Ihr war als Begründung für die Anwendung des Freihandverfahrens zu entnehmen, dass die Zuschlagsempfängerin als einzige Anbieterin in der Lage sei, die vorgesehene Migration durchzuführen. Dagegen erhob die A.\_\_\_\_\_ GmbH am

18. August 2014 Beschwerde beim Zuger Verwaltungsgericht, welches in diesem Beschwerdeverfahren Zweifel äusserte an der Kompetenz der ARGE C.\_\_\_\_\_, die Beschaffung für die angeschlossenen Kantone zu tätigen sowie an der Bestimmtheit des zugeschlagenen Leistungsinhalts. Bevor sich das Verwaltungsgericht Zug zur Beschwerdelegitimation der A.\_\_\_\_\_ GmbH sowie zur (materiellen) Zulässigkeit des Freihandverfahrens des Entwicklungsauftrages äussern konnte, teilte die Zuschlagsempfängerin der ARGE C.\_\_\_\_\_ auf Nachfrage hin am 22. April 2015 mit, ihre auf den 31. März 2015 beschränkte Offerte nicht zu verlängern. Aufgrund dieser Entwicklung widerrief die ARGE C.\_\_\_\_\_ die strittige Vergabe, worauf das Verwaltungsgericht Zug das Verfahren am 31. Juli 2015 als gegenstandslos geworden abschrieb. Ab diesem Zeitpunkt lag die Beschaffung der Polizeisoftware bei den einzelnen Kantonen bzw. deren Polizeien.

2. In den Jahren 2015 und 2016 haben verschiedene Polizeikorps Beschaffungen im Bereich der Polizeisoftware getätigt oder in die Wege geleitet: So beschloss der Verein ARGE D.\_\_\_\_\_ am 8. Dezember 2015, den Vertrag für Pflege und Support sowie Weiter- und Neuentwicklung von D.\_\_\_\_\_ zu verlängern und den Zuschlag dafür freihändig an die A.\_\_\_\_\_ GmbH zu erteilen zum Preis von Fr. 17 Mio., wobei der Basisauftrag Fr. 2 Mio. ausmachte für das Jahr 2017 und für bestehende ARGE-Mitglieder sowie weitere Fr. 15 Mio. als Optionsauftrag betreffend die Möglichkeiten der Vertragsverlängerungen für 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 und 2023 für bestehende und neue ARGE-Mitglieder. Als Begründung für die Freihandvergabe wurde angegeben, dass Pflege, Support sowie Weiter- und Neuentwicklung auf dem vorhandenen System aufbauten und somit sehr detaillierte Kenntnisse der Applikation erforderten; eine Erbringung dieser Leistungen durch eine Drittanbieterin komme somit nicht in Frage. Gegen diese Verfügung erhob die B.\_\_\_\_\_ am 21. Dezember 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht Zürich und verlangte die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Anweisung an die Vergabestelle, ein offenes

oder selektives Verfahren durchzuführen. Mit Entscheid vom 11./18. August 2016 (VB.2015.00780) wies das Verwaltungsgericht Zürich die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

3. Die Kantonspolizei Zug publizierte im Jahr 2016 die freihändige Vergabe für die Weiterführung von Wartung und Support des bereits im Einsatz stehenden Vorgangsbearbeitungssystems C.\_\_\_\_\_ für mindestens 3 Jahre sowie erweiterte Wartung (Updates myC.\_\_\_\_\_) und die Beschaffung des zusätzlichen Moduls C.\_\_\_\_\_ Journal 3 zum Preis von Fr. 820'042.--. Die Freihandvergabe wurde damit begründet, dass die Zuschlagsempfängerin die Software entwickelt habe, diese seit mehreren Jahren im Einsatz stehe, auf den Gebrauch durch die Zuger Polizei zugeschnitten und über Schnittstellen mit weiteren Systemen verbunden sei; Wartung, Support und Weiterentwicklung sowie Ergänzungen würden auf dem vorhandenen System aufbauen, erforderten sehr detaillierte Kenntnisse der Software und unterlägen dem Schutz des Geistigen Eigentums, weshalb eine Erbringung durch einen Drittanbieter nicht möglich sei. Gegen diesen Entscheid erhob die A.\_\_\_\_\_ GmbH Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Anweisung an die Vergabestelle, das ordentliche, eventualiter das selektive Vergabeverfahren durchzuführen. Nachdem das Verwaltungsgericht Zug mit Verfügung vom 28. Juni 2016 die vorläufig und vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder entzogen und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abgewiesen hatte, zog die A.\_\_\_\_\_ GmbH ihre Beschwerde zurück, worauf das Verwaltungsgericht Zug die Beschwerde (V 2014/103) am 31. Juli 2015 abschrieb.
4. Am 3. Mai 2016 beschloss die Regierung des Kantons St. Gallen, den Auftrag für die Wartung und den Support der bei der Kantonspolizei zur automatisierten polizeilichen Vorgangsbearbeitung C.\_\_\_\_\_ während fünf Jahren (je Fr. 230'296.75) sowie die Lieferung eines Updates 'myC.\_\_\_\_\_ 1.0' (Fr. 281'054.--) zum Preis von Fr. 1'432'537.75 im freihändigen Ver-

fahren an die B.\_\_\_\_\_ zu vergeben. Dagegen erhob die A.\_\_\_\_\_ GmbH fristgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht St. Gallen und beantragte auch in diesem Verfahren die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Anweisung an die Vergabestelle, das ordentliche, eventualiter das selektive Vergabeverfahren durchzuführen. Mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2016 gewährte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Mit Entscheid vom 7. April 2017 wurde auf die Beschwerde wegen fehlender Anfechtungslegitimation der Beschwerdeführerin gar nicht eingetreten.

5. Zu erwähnen ist hier noch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [VGU] U 05 68 vom 14. September 2005 in Sachen Submissionsbeschwerde. Dort ging es um die Beschaffung eines Einsatzleitsystems (ELS) für die Kantonspolizei Graubünden (KaPo GR), welches mit der bestehenden C.\_\_\_\_\_ -Umgebung harmonisieren musste. Den Zuschlag für das im selektiven Verfahren ausgeschriebenen ELS ging mit Regierungsbeschluss vom 5. Juli 2005 an die B.\_\_\_\_\_ zum Betrag von Fr. 1.385 Mio. Die dagegen erhobene Beschwerde der E.\_\_\_\_\_ GmbH wurde materiell (vgl. E.4a-I) abgewiesen.
  
6. Am 31. August 2016 beschloss die KaPo GR mit vorgängiger Zustimmung der Regierung, den Auftrag für die Wartung und den Support der bei der KaPo GR zur automatisierten polizeilichen Vorgangsbearbeitung eingesetzten Software „C.\_\_\_\_\_ 3“ während fünf Jahren sowie die Lieferung von drei Updates unter dem Programm „myC.\_\_\_\_\_“ zum Preis von insgesamt Fr. 1'380'740.52 (inkl. MWST; resp. Fr. 1'278'463.40 exkl. MWST) im freihändigen Verfahren an die B.\_\_\_\_\_ zu vergeben. Der Zuschlag wurde im Kantonalen Amtsblatt und im Simap publiziert. Als Begründung für die freihändige Vergabe wurde angeführt, dass die Zuschlagsempfängerin das Vorgangsbearbeitungssystem C.\_\_\_\_\_ entwickelt habe; die seit mehreren Jahren bei der KaPo GR im Einsatz stehende Software sei für diese optimiert und über spezifische Schnittstellen mit

weiteren Systemen verbunden. Wartung, Support und Weiterentwicklung (Updates) würden dem Schutz des Geistigen Eigentums unterliegen. Mit dem Update „myC.\_\_\_\_“ seien einzelne, bei der KaPo GR eingesetzte C.\_\_\_\_-Module durch Ersatz auf den aktuellen Stand der Technik gebracht worden. Diese Leistungen hätten an den bestehenden Anbieter vergeben werden müssen, weil einzig so die Austauschbarkeit bereits vorhandener Systeme und Schnittstellen gewährleistet sei und das Geistige Eigentum geschützt werden könne.

7. Dagegen erhob die A.\_\_\_\_ GmbH (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 19. September 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 31. August 2016 und die Anweisung an die Vorinstanz, das offene (ordentliche), eventualiter das selektive Verfahren durchzuführen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Weiter wurde die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragt, sowie umfassende, evtl. beschränkte Akteneinsicht. Ihre Anträge begründet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen damit, dass die Vergabebehörde unter dem Deckmantel von Support- und Wartungsdienstleistungen unter Umgehung des Beschaffungsrechts auf eine Neuentwicklung von C.\_\_\_\_3 abziele und unter der Bezeichnung 'Weiterentwicklung (Updates)' beabsichtige, insbesondere – aber nicht ausschliesslich – die Vorgangsbearbeitung zu erneuern und C.\_\_\_\_3 neue mobile Funktionen hinzuzufügen. Im Weiteren sei die Beschwerdeführerin in der Lage, der KaPo GR ein voll integriertes und mit allen Funktionen ausgestattetes D.\_\_\_\_4 mit seinen umfangreichen Funktionen (inkl. Support und Wartung) für fünf Jahre zu beschaffen und einzuführen, und zwar zu einem Bruchteil der Beschaffungskosten der vorliegend strittigen Vergabe. Die angefochtene Vergabeverfügung sei deshalb aufzuheben und die KaPo GR anzuhalten, ein offenes oder selektives Vergabeverfahren durchzuführen.

8. Die KaPo GR (Vergabebehörde bzw. Beschwerdegegnerin 1) beantragte am 12. Oktober 2016 kostenfälliges Nichteintreten auf die Beschwerde samt Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, eventualiter deren Abweisung; der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in die von der Vergabebehörde als vertraulich bezeichneten Aktenstücke zu gewähren, eventualiter sei Einsicht in die als vertraulich bezeichneten Akten zu gewähren, falls sie und die B.\_\_\_\_\_ davor Gelegenheit erhalten hätten, Schwärzungen vorzunehmen. Weiter sei der Beschwerde die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die Vergabebehörde begründet ihre Anträge im Wesentlichen mit der Argumentation, dass sie aufgrund einer gründlichen Analyse den strategischen Entscheid gefällt habe, keinen Systemwechsel vorzunehmen, sondern die bestehende und bewährte Vorgangsbearbeitungslösung C.\_\_\_\_\_ weiter zu betreiben und zu nutzen. Dieser Entscheid sei vergaberechtlich nicht anfechtbar. Ein vollständiger Ersatz des bewährten C.\_\_\_\_\_ -Systems durch ein anderes System entspreche nicht ihrem Bedürfnis; auch ein Patchwork aus verschiedenen Systemen könne ihr nicht aufgezwungen werden. Der Beschwerdeführerin fehle es bereits an der Legitimation für die vorliegende Beschwerde.
9. Gleichentags ersuchte die B.\_\_\_\_\_ (Zuschlagsempfängerin bzw. Beschwerdegegnerin 2) um Abweisung der Beschwerde, soweit überhaupt darauf einzutreten sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Auch sie beantragte, dass der Beschwerdeführerin keine Einsicht in Aktenstücke gewährt werde, welche von ihr oder von der Vergabebehörde als vertraulich bezeichnet worden seien, eventualiter sei Einsicht in Auszüge dieser als vertraulich bezeichneten Akten zu gewähren, wenn sie und die Vergabebehörde zuvor Gelegenheit erhalten hätten, die Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Stellen zu schwärzen. Der freihändig erteilte Auftrag umfasse keine Neuentwicklung; die vorliegend verlängerten Wartungs- und Supportdienste könnten hingegen nur von ihr erbracht werden, ebenso wie die Installation von Software-Updates. Neben dem Know-how

fehlten der Beschwerdeführerin bzw. Dritten auch die Rechte, die nachgesuchten Leistungen zu erbringen, weshalb eine Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren nicht zielführend wäre.

10. In ihrer Replik vom 28. November 2016 bestätigte die Beschwerdeführerin die gestellten Rechtsbegehren; in prozessualer Hinsicht beantragte sie, es sei den Beschwerdegegnerinnen keine Einsicht in die in der Replik als vertraulich bezeichneten Passagen und Aktenstücke zu gewähren. Sie führt aus, dass es der Beschwerdegegnerin 1 nicht darum gehe, das bestehende C.\_\_\_\_-System weiter zu nutzen; vielmehr beabsichtigte sie nach der gescheiterten Beschaffung durch die ARGE C.\_\_\_\_ dasselbe Ziel in Eigenregie zu erreichen. Selbst wenn die strittige Beschaffung nur einzelne Teile des Gesamtsystems betreffen würde, käme dies einer Neuentwicklung und somit vergaberechtlich einer Neubeschaffung gleich. Die Ablösung des gesamten C.\_\_\_\_-Systems oder Teilen davon durch ein anderes System sei möglich und stelle eine angemessene Alternative dar; die Beschwerdeführerin sei jedenfalls – technisch gesehen – in der Lage, die nachgefragten Dienstleistungen zu erbringen, insbesondere betreffend die mobilen Funktionen. Entgegen der Darstellung der Beschwerdegegnerin 1 sei die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin gegeben; hingegen mangle es an den rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Durchführung eines freihändigen Verfahrens.
11. Die Beschwerdegegnerin 1 bestätigt in ihrer Duplik vom 21. Dezember 2016 ihre Rechtsbegehren; in prozessualer Hinsicht beantragt sie Einsichtnahme in die von der Beschwerdeführerin als vertraulich bezeichneten Textstellen und Beilagen oder zumindest die Bekanntgabe ihres Inhaltes; weiter sei die Beschwerdeführerin anzuhalten, die Verträge bzw. die Nachträge gemäss vertraulicher Beilagen gesamthaft einzulegen anstatt nur auszugsweise. Der hier strittige Beschaffungsgegenstand unterscheidet sich von der Beschaffung durch die ARGE C.\_\_\_\_ im Jahr 2014. Seit anfangs 2016 liege das durch die Beschwerdegegnerin 2 eigenständig

entwickelte Update myC.\_\_\_\_\_ 1.0 vor. Das System C.\_\_\_\_\_ werde weder eingestellt noch nähere es sich dem Ende seines Lebenszyklus, sondern werde (genau wie das Produkt D.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin) an die sich ständig ändernden technischen Gegebenheiten angepasst (z.B. mobile Nutzung). Zudem sei die Beschwerdeführerin nicht in der Lage, die zu vergebenden Wartungs- und Supportleistungen (inkl. Updates myC.\_\_\_\_\_) zu erbringen, zumal es der Beschwerdeführerin an den notwendigen Rechten, am Zugang zum Quellcode von C.\_\_\_\_\_ und am technischen Know-how fehle. Die Beschwerdeführerin sei auch nicht beschwerdelegitimiert, weil sie mit D.\_\_\_\_\_4 ein aliud anbiete und ihr die Rechte am angebotenen Produkt fehlten.

12. Die Beschwerdegegnerin 2 hält in ihrer ebenfalls auf den 21. Dezember 2016 datierten Duplik fest, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht von der Notwendigkeit einer Datenmigration bei der Einführung von myC.\_\_\_\_\_ ausgehe; vielmehr könnten die bestehenden Daten in der heutigen Form unverändert weitergenutzt werden. Weder mit der Weiterführung von Wartung und Support noch mit den Updates würden neue Funktionen eingeführt oder C.\_\_\_\_\_ grundlegend geändert. Die Beschwerdeführerin könne die nachgefragten Leistungen gar nicht erbringen und die Lieferung von Drittmodulen stelle keine angemessene Alternative dar.
13. In ihrer abschliessenden Stellungnahme vom 13. Januar 2017 beantragt die Beschwerdeführerin die Abweisung der prozessualen Anträge der Beschwerdegegnerin 1 auf Akteneinsicht. Mit der Stellungnahme reichten die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin eine Honorarnote ein.

Auf die weiteren Vorbringen und Argumente der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Vergabeentscheid vom 31. August 2016, publiziert am 8. September 2016, worin die Beschwerdegegnerin 1 den IT-Auftrag betreffend Wartung und Support der Software „C.\_\_\_\_\_3“ während fünf Jahren sowie die Lieferung von drei Updates unter dem Programm „myC.\_\_\_\_\_“ zum Preis von Fr. 1'380'740.52 (inkl. MWST; bzw. Fr. 1'278'463.40 exkl. MWST) im freihändigen Verfahren an die Beschwerdegegnerin 2 vergab. Damit war die Beschwerdeführerin nicht einverstanden, weshalb sie dagegen am 19. September 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und um kostenfällige Aufhebung des angefochtenen Zuschlagsentscheids sowie um erneute Durchführung des Verfahrens im ordentlichen oder evtl. selektiven Verfahren durch die Beschwerdegegnerin 1 ersuchte. Beschwerdethema ist die Rechtmässigkeit des gewählten Freihandverfahrens und damit unerlässlich noch die Frage nach der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin bezüglich des von ihr offerierten Produkteangebots „D.\_\_\_\_\_4“.
  
2. a) Zum anwendbaren Recht gilt es mit den Parteien übereinstimmend festzuhalten, dass auf das vorliegende Verfahren das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422), die Internationale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5; BR 803.510), das kantonale Submissionsgesetz (SubG; BR 803.300) sowie die hierzu erlassene Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) anwendbar sind. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden zur Behandlung der Beschwerde ist unbestritten und ergibt sich zudem aus Art. 15 IVöB in Verbindung mit Art. 25 SubG. Die Beschwerde wurde auch frist- und formgerecht nach Art. 38 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) eingereicht, womit diese formellen Voraussetzungen als erfüllt anzusehen sind. Zu klären bleibt damit im

Besonderen aber noch, ob auch Art. 50 VRG als gegeben betrachtet werden kann. Danach ist zur Beschwerde legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung hat oder durch besondere Vorschrift dazu ermächtigt ist. Diese Frage ist als erstes zu klären und zwar bevor auf die Rechtmässigkeit des konkret gewählten Freihandverfahrens gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. c und lit. g SubV näher eingegangen werden wird.

- 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 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 Vergabehörde 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 voraussetzungs begründenden 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-BAPTISTE 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 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 zunächst 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 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.\_\_\_\_ weaternutzen 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 sicherstelle und eine gewichtige Position gegenüber der Herstellerin darstelle. 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 al-

ten 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 Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin 2 zu erbringen. Da die Beschwerdeführerin unwiderlegt nicht über die Berechtigungen am Source-Code der C.\_\_\_\_-Software verfügt, weil diese ausschliesslich im Eigentum der Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin 2 zur Beschwerdeführerin gewechselt haben und Letztere somit angeblich selbst über genügend Know-how 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 Beschwerdeführerin 2 mit den Updates bzw. mit myC.\_\_\_\_ beabsichtige, C.\_\_\_\_<sup>3</sup> 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, webbasierende 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; andernfalls gingen be-

reits 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.

- d) Zur Frage der Zulassung unterschiedlicher IT-Systeme ist festzuhalten, dass die Problematik des Patchworks in den Rechtsschriften nur am Rande angeschnitten wurde. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass die Beschwerdegegnerin 1 grundsätzlich zu einer Beschaffung verpflichtet werden kann, welche ein Misch-System bewirkt. Eine solche Lösung ist vorliegend aber gar nicht möglich, bietet die Beschwerdeführerin erwiesenermassen doch keine Module an, welche sich funktional in sinnvoller Art und Weise mit der Software C.\_\_\_\_\_ kombinieren liessen. Sinnvoller als der Aufbau eines Misch-Systems wäre wenn schon die Beschaffung eines integrierten Systems als Ersatz für eine Systemlandschaft, die aus verschiedenen Subsystemen von verschiedenen Lieferanten besteht, wie etwa aktuell im Kanton Bern. Dieser Teilaspekt ist hier allerdings offensichtlich ohne Bedeutung. Umgekehrt behauptet die Beschwerdeführerin, sie sei in der Lage, mit ihrer Software D.\_\_\_\_\_ die gesamte C.\_\_\_\_\_ Software abzulösen und dies inkl. Wartung erst noch zu einem günstigeren Preis als die von B.\_\_\_\_\_ angebotenen Updates und Wartungsleis-

tungen. Diese Behauptung unterlegt die Beschwerdeführerin allerdings nicht weiter; sie erscheint zudem dem Gericht als nicht glaubhaft, weshalb nicht darauf abgestellt werden kann.

- e) Im Weiteren sind noch die Rechte der Beschwerdeführerin an der von ihr offerierten Software "D.\_\_\_\_4" zu erläutern. Die Beschwerdegegnerin 1 macht geltend, die Beschwerdeführerin verfügte nicht über die Rechte an der Software, welche sie anbieten wolle, weil sie sämtliche Rechte an den Verein ARGE D.\_\_\_\_ abgetreten habe. Sie verweist für ihre Behauptung insbesondere auf einen Jahresbericht der Kantonspolizei X.\_\_\_\_ und Auszüge aus der Internetseite arge-D.\_\_\_\_.ch.

Die Beschwerdeführerin streitet diesen Umstand ab und erklärt, dass sie die Urheberrechte an D.\_\_\_\_4 der ARGE D.\_\_\_\_ zwar zur Verfügung gestellt habe, ohne aber selber darauf zu verzichten. Für den urheberrechtlich geschützten Quellcode habe man zudem eine Escrow-Lösung vereinbart.

Nach Auffassung des Gerichts stellt die aufgeworfene Frage der Nutzbarkeit von IT-Produkten im konkreten Fall nur ein Nebenschauplatz dar, so dass sie wohl offen gelassen werden kann. Immerhin hat die Darstellung der Beschwerdeführerin mit der sowohl-als-auch-Berechtigung und der Escrow-Lösung einiges für sich. Solche Modelle sind auch aus Sicht des Bestellers sinnvoll und werden zur Risikominderung empfohlen (s. etwa GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., Rz. 74 m.w.H.; bzw. der Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 7. April 2017 E.2.5.1, 2.5.2).

- 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 Risikominderung (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 gerade 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 Unabwägbarkeiten. Hinzu kommt, dass ein Systemwechsel das Problem der Abhän-

gigkeit 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.

- g) Zur Frage der Akteneinsicht und der Möglichkeit von Zeugen- und Parteibefragungen kann selbsterklärend auf die prozessleitende Verfügung vom 14. Oktober 2016 des zuständigen Instruktionsrichters hingewiesen werden. Darin wurde der Umfang der Akteneinsicht verbindlich festgelegt und sachdienlich eingegrenzt. Dagegen wurde nicht opponiert. Im Zuge des zweiten Schriftenwechsels hat die Beschwerdeführerin weitere Dokumente eingelegt, die z.T. als vertraulich deklariert wurden (Beilagen 38 – 41). Diese haben effektiv vertraulichen Charakter, da sie wichtige Geschäfts- und Entwicklungsgeheimnisse beinhalten. Auf die zahlreich beantragten Zeugeneinvernahmen und Parteibefragungen kann zudem verzichtet werden, da sich das Gericht dadurch keine entscheidenden neuen Erkenntnisse versprechen konnte (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung: BGE 136 I 229 E.5.3; VGU U 16 29 vom 25. Oktober 2016 E.3b sowie S 03 38 vom 19. August 2003 E.2a).
- h) Zusammengefasst lässt sich somit was folgt festhalten: Die Beschwerdegegnerin 1 hat auf der Basis sachlicher Gründe die Option 'Systemwechsel' verworfen und sich dazu entschieden, das bisherige System weiter zu pflegen und über Updates weiterentwickeln zu lassen. Für das Erbringen der nachgefragten IT-Leistungen durch die Beschwerdeführerin fehlen ihr

die erforderlichen Rechte (Wartung und Weiterentwicklung); zudem mangelt es ihr wohl auch am Know-how für die Wartung und den Support. Die Beschaffung via Freihandverfahren war daher gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. c und g SubV zulässig und nötig, auch wenn vergaberechtlich ‚eher nicht erwünscht‘. Für das vorliegende Verfahren mangelt es der Beschwerdeführerin bereits an der rechtlichen und technischen Fähigkeit, die gewünschten IT-Leistungen fehler- bzw. friktionsfrei zu erbringen, womit ihr die Beschwerdelegitimation abgeht. Auf die Beschwerde ist deshalb im Einklang mit Art. 50 VRG (vgl. dazu E.2a-c, hiervor) gar nicht einzutreten.

4. a) Der angefochtene Vergabeentscheid vom 31. August 2016, mitgeteilt am 8. September 2016, erweist sich somit als rechtens und schützenswert. Mit diesem Endentscheid werden zudem sämtliche Anträge betreffend der aufschiebenden Wirkung hinfällig.
- b) Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG vollumfänglich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts der Höhe des Beschaffungswertes (rund Fr. 1.4 Mio.), der erheblichen Komplexität der rechtlichen Fragestellungen sowie des Umstands, dass ein "Prozessurteil" ergeht, erscheint eine Staatsgebühr in der Höhe von Fr. 7'000.-- als angemessen (vgl. etwa VGU U 12 52 vom 18. September 2012, Dispositiv Ziff. 2 Gerichtskosten Fr. 8'000.-- bei Streitwert Fr. 1.7 Mio., oder U 07 50 vom 16. Juli 2007, Dispositiv Ziff. 2 Gerichtskosten Fr. 5'000.-- bei Streitwert Fr. 0.44 Mio.).
- c) Aussergerichtlich hat die Beschwerdeführerin der anwaltlich vertretenen und im Ergebnis obsiegenden Beschwerdegegnerin 2 nach Art. 78 Abs. 1 VRG noch eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Mangels Nachreichung einer entsprechenden Honorarnote wird hier der notwendige Prozesskostenaufwand der Beschwerdegegnerin 2 auf pauschal total Fr. 5'000.-- festgelegt. Da die Beschwerdegegnerin 2 laut UID-Register (CHE-105.513.129) mehrwertsteuerpflichtig und damit vorsteuerabzugs-

berechtigt ist, ist die vorliegende Parteientschädigung jedoch ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. VGU 16 58 vom 14. Februar 2017 E.7b; PVG 2015 Nr. 19). Der Beschwerdegegnerin 1 steht nach Art. 78 Abs. 2 VRG keine aussergerichtliche Entschädigung zu, da sie lediglich in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegte.

**Demnach erkennt das Gericht:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2. Die Gerichtskosten, bestehend

- aus einer Staatsgebühr von Fr. 7'000.--

- und den Kanzleiauslagen von Fr. 504.--

zusammen Fr. 7'504.--

gehen zulasten der A.\_\_\_\_\_ GmbH und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheids an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen.

3. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH hat die B.\_\_\_\_\_ AG aussergerichtlich mit Fr. 5'000.-- (ohne MWST) zu entschädigen.

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Mitteilungen]