

Öffentliches Beschaffungswesen: Verzicht der Vergabebehörde auf die mit Art. 11 Abs. 1 lit. a VöB eingeräumte Möglichkeit, einen Anbieter bei Nichterfüllung der Eignungskriterien allenfalls nicht vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Gebundenheit der Vergabebehörde an die ausgeschriebenen Eignungskriterien, deren klarer Wortlaut weder einen Ermessens- noch einen Auslegungsspielraum zulässt. Ein selektiver Verzicht auf die Eignungsprüfung verstösst gegen die Gleichbehandlungspflicht.

Erwägungen:

I.

1.

Die Verwaltungspolizei (Justiz-, Polizei- und Militärdepartement) hat am 27. Februar 2016 im simap.ch und im kantonalen Amtsblatt die „Neue kantonale Softwarelösung für Einwohnerkontrolle AI, SIMAP-Projekt-Nr. 136256“ mit dem detaillierten Aufgabenbeschrieb „Lieferung, Anpassung, Einführung und Schulung einer Softwarelösung (inkl. Schnittstellen zu Um-systemen) für die kantonale Einwohnerkontrolle; Migration der aktuellen Einwohnerdaten inkl. der historisierten Daten; Wartung und Pflege der Anwendung für mindestens 5 Jahre“ im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Per 12. April 2016 gingen Angebote von vier Anbietern ein, unter anderem von der A. AG und der B. AG, welche beide die Software NEST offerierten.

Mit Verfügung vom 29. Juni 2016 erteilte die Verwaltungspolizei der A. AG für ihr Angebot über CHF 111'820.00 plus jährlich wiederkehrenden Kosten für Softwarelizenzen, Support und Wartung zu CHF 50'869.00 den Zuschlag, da sich deren Angebot unter Berücksichtigung aller erforderlichen Schnittstellenkosten als wirtschaftlich günstigstes erwiesen habe und es die Zuschlagskriterien am besten erfülle.

2.

Gegen diese Zuschlagsverfügung reichte der Rechtsvertreter der B. AG (folgend: Beschwerdeführerin) am 8. Juli 2016 Beschwerde ein und stellte das Rechtsbegehren, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin der Zuschlag für das Projekt „Neue kantonale Softwarelösung für die Einwohnerkontrolle AI“ gemäss deren Offerte vom 11. April 2016 zu erteilen, eventualiter die Angelegenheit zur Neuentscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Zudem stellte er den formellen Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3.

Mit prozessleitender Verfügung vom 11. Juli 2016 wurde der Verwaltungspolizei (folgend: Beschwerdegegnerin) einstweilen untersagt, weitere Schritte im strittigen Beschaffungsfall, insbesondere einen Vertragsschluss, zu unternehmen. Gleichzeitig wurde ihr Gelegenheit geboten, bis 20. Juli 2016 bezüglich aufschiebender Wirkung der Beschwerde unter Einreichung der massgeblichen Unterlagen Stellung zu nehmen.

4.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin beantragte innert erstreckter Frist mit seiner Stellungnahme vom 31. August 2016 die Abweisung der Beschwerde und den sofortigen Entzug der aufschiebenden Wirkung.

5.

Mit Präsidialentscheid vom 19. September 2016 wurde die mit prozessleitender Verfügung vom 11. Juli 2016 erteilte einstweilige aufschiebende Wirkung der Beschwerde aufrechterhalten.

(...)

III.

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, gemäss Ausschreibung müsse im vorliegenden Fall die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums zwingend und ohne weiteres zum Ausschluss des entsprechenden Anbieters führen. Es stehe nicht im Ermessen der Vergabebehörde, die von ihr selbst definierten Eignungskriterien nicht zu beachten. Jeder Anbieter im betreffenden Submissionsverfahren müsse sich darauf verlassen können, dass die Vergabebehörde genauso handle, wie sie es in der Ausschreibung angekündigt hätte. Da die Beschwerdegegnerin das Eignungskriterium E06 nicht erfülle, müsse sie zwingend vom Submissionsverfahren ausgeschlossen werden.

1.2. Die Beschwerdegegnerin erwidert, der Kanton Appenzell I.Rh. habe in Art. 11 VöB eine Kann-Vorschrift formuliert, welche besage, dass der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, den Zuschlag widerrufen oder aus dem Verzeichnis über geeignete Anbieter streichen könne, wenn dieser insbesondere die Eignungskriterien nicht erfülle. Damit sei den Vergabebehörden in der Prüfung und Beurteilung von Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt worden. Nur wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliege, könnte das Verwaltungsgericht deren Entscheid entsprechend kassieren.

Vorliegend müsse der Zweck des Eignungskriteriums E06 (nämlich dass der Anbieter in der Lage sei, komplexe Projekte wie vorliegend die Einführung einer Einwohnerkontrollsoftware in eine technisch komplexe Systemumgebung zu übernehmen) dessen Wortlaut vorgehen. Die sehr strenge, mathematische, enge Beurteilung von E06 sei als falsche Auslegung des der Vergabebehörde zustehenden Ermessens zu qualifizieren.

Das Vertrauensprinzip sei im vorliegenden Verfahren nicht von Relevanz. Die Beschwerdeführerin habe den Zuschlag aufgrund zu hoch offerierter Kosten nicht erhalten. Somit könne sie sich vorliegend nicht auf den Vertrauensschutz berufen, da die Beschwerdeführerin selber keiner «falschen Anleitung» gefolgt sei. Da vorliegend mit Art. 11 VöB eine Spezialnorm vorliege, gehe das Legalitätsprinzip dem Vertrauensgrundsatz ohnehin vor.

1.3. Der Auftraggeber legt im Rahmen der Ausschreibung fest, welche Eignungskriterien der Anbieter erfüllen und welche Nachweise er erbringen muss (Art. 8 VöB). Der Auftraggeber kann einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn dieser insbesondere die Eignungskriterien nicht erfüllt (Art. 11 Abs. 1 lit. a VöB).

Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, auf dessen Organisation, das Personal und allgemein auf dessen Leistungsfähigkeit. Sie dienen somit dazu, den Anbietermarkt auf jene Unternehmungen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in

der gewünschten Qualität zu erbringen. Sie umschreiben die Anforderungen, die an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, N 555, 588). Dabei ist es zulässig, zur Eignungsprüfung den Nachweis von Referenzprojekten zu verlangen. Je anspruchsvoller bzw. komplexer eine Leistung ist, desto höher dürfen auch die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Referenzprojekte sein (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 559).

Der Vergabebehörde kommt bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 557). Der Vergabestelle steht es grundsätzlich frei, welche Nachweise sie von den Anbietenden betreffend die Erfüllung der vorgegebenen Eignungskriterien verlangt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 561), sie ist jedoch an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden und hat auf diese abzustellen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 628; Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, N 51). Ein selektiver Verzicht auf die Eignungsprüfung bei einem als geeignet bezeichneten Anbieter bedeutet ein Verstoss gegen die Gleichbehandlungspflicht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 568).

In Bezug auf die Formulierung der Eignungskriterien dürfen die Anbieter grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht, andernfalls muss sie das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend möglichst detailliert umschreiben, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie genügen müssen. Folgt sie, ohne solche Erklärung abgegeben zu haben, ihrem eigenen ungewöhnlichen Begriffsverständnis, so ändert sie damit im Ergebnis die publizierten Kriterien (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 566; Beyeler, a.a.O., N 52). Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1). Vielmehr übt die Vergabestelle mit einer gegen Treu und Glauben bzw. das Transparenzprinzip verstossenden Auslegung ihr Ermessen rechtsfehlerhaft aus (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_1101 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1). Ein vergleichbar grosser Ermessensspielraum kommt den Vergabebehörden bei der Beurteilung von Referenzprojekten zu, wenn die verlangten Referenzprojekte relativ offen umschrieben wurden (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 611).

Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind. Erfüllt ein Bewerber die bei einem Eignungskriterium gestellten Anforderungen nicht, so muss er als ungeeignet ausgeschlossen werden (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 580, 603).

1.4. In der Ausschreibung der Beschwerdegegnerin ist bei den Eignungskriterien einleitend aufgeführt, dass die Nichterfüllung bzw. Nichtbeantwortung der Eignungskriterien den Ausschluss der entsprechenden Bewerbung zur Folge habe. Mit dieser Formulierung hat die Beschwerdegegnerin das ihr zustehende Ermessen ausgeübt, indem sie selbst die Eignungskriterien als Muss-Kriterien festgelegt hat. Sie hat demnach auf die mit Art. 11 Abs. 1 lit. a VöB eingeräumte Möglichkeit, einen Anbieter bei Nichterfüllung der Eignungskriterien allenfalls nicht vom Vergabeverfahren auszuschliessen, verzichtet.

Das Eignungskriterium „E06 Kunden-Referenzen Einwohnerkontrolle“ hat die Beschwerdegegnerin wie folgt definiert: „Der Anbieter muss mindestens 3 Referenzprojekte (inkl. Jahr

der Umsetzung) mit über 15'000 Einwohnern vorweisen können.“ Dieser Wortlaut ist klar und lässt weder einen Ermessens- noch einen Auslegungsspielraum zu: Der Anbieter hat mindestens drei Referenzen einzureichen, mit welchen er vorweisen kann, dass er selbst ein Einwohnerkontrollsystem für über 15'000 Einwohner umgesetzt hat. Somit müssen es erstens mindestens drei Referenzen sein, zweitens müssen es Einwohnerkontrollsysteme sein und drittens müssen mit diesen Systemen über 15'000 Einwohner kontrolliert werden können. Ob das Eignungskriterium erfüllt ist, kann somit nur mit ja oder nein beantwortet werden. Die Beschwerdegegnerin hat sich mit dieser Formulierung selbst einen engen Rahmen gesetzt und auf eine offenere Formulierung wie zum Beispiel „vergleichbare Projekte“ verzichtet.

Entsprechend bedarf es keiner Auslegung des anbieterbezogenen Eignungskriteriums E06, weshalb diesbezüglich der von der Beschwerdegegnerin genannte Zweck der zu offerierenden Softwarelösung bzw. die technische Spezifikation irrelevant ist. Es bleibt jedoch anzumerken, dass dies bei den angebots- bzw. leistungsbezogenen Zuschlagskriterien entsprechend zu berücksichtigen ist. So kann die Beschwerdegegnerin die beim Zuschlagskriterium Z1, Ziffer 5.1.3 (Referenzen), aufgeführten Referenzkunden nach ihrem Ermessen bewerten und gewichten, ob diese mit ihrer Umgebung (Bereich Einwohnerkontrolle) bezüglich Konfiguration, Funktionsumfang und Service-Anforderungen vergleichbar sind und die Anbieter die technische Komplexität sowie die applikatorischen Anforderungen - nach Auffassung der Beschwerdegegnerin technische Muss-Kriterien - abzudecken vermögen.

Auch wenn die Beschwerdegegnerin die A. AG als für die erfolgreiche Projektführung geeignet erachtet, durfte sie nicht auf die Prüfung, ob die A. AG das von ihr klar definierte Eignungskriterium E06 erfüllt, verzichten. Aufgrund der Formulierung des Eignungskriteriums E06 haben Konkurrenzunternehmen, welche keine drei Referenzobjekte im Bereich Einwohnerkontrolle mit über 15'000 Einwohnern präsentieren können, unter Umständen von einer Angebotseinreichung abgesehen, obwohl sie ihr System in einem komplexen technischen Umfeld handhaben könnten. Diese durften aber darauf vertrauen, dass nur solche Anbieter zum Submissionsverfahren zugelassen werden, welche das klar formulierte Eignungskriterium E06 erfüllen. Andernfalls wäre der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt.

1.5. Sofern die A. AG das Eignungskriterium E06 nicht erfüllt, diese somit nicht mindestens drei Referenzen eingereicht hat, mit welchen sie vorweisen kann, dass sie drei Einwohnerkontrollsysteme für über 15'000 Einwohner umgesetzt hat, hätte sie die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren ausschliessen müssen. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die A. AG erfülle das Eignungskriterium E06 nicht. So habe diese mit Referenzobjekt W. nur ein Referenzprojekt nennen können, das die Kriterien erfülle. Das Referenzobjekt X. genüge nicht, da die Gemeinde X. deutlich weniger als die in der Ausschreibung verlangten mindestens 15'000 Einwohner habe.

2.2. Die Beschwerdegegnerin erwidert, die A. AG habe insgesamt vier Referenzprojekte W., X., Y. und Z. in ihrer Offerte vom 8. April 2016 angegeben. Die Referenz X. habe sie nicht weiter geprüft, da sie die andern drei Referenzen als genügend betrachtet habe. Aber auch diese Referenz würde die technische Muss-Anforderung in E06 erfüllen, da dort auch die Software NEST eingesetzt werde.

2.3. Von der Beschwerdeführerin unbestritten ist, dass die von der A. AG genannte Referenz W. die von der Beschwerdegegnerin gestellten Anforderungen erfüllt.

Das Referenzprojekt Gemeinde X., welches die A. AG in ihrer Offerte unter Ziffer 2.3 Referenzprojekte aufgeführt hat, genügt den Anforderungen nicht. (...). Dass die Gemeinde X. deutlich weniger Einwohner als in der Ausschreibung verlangt aufweist, bestreitet die Beschwerdegegnerin nicht.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die beiden weiteren Referenzen Y. und Z. der A. AG das Eignungskriterium E06 erfüllen.

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin erachtet die Referenz Z. als unzulässig, da Z. als Energieversorger keine Einwohner, sondern Energie-Messgeräte bzw. Energiebezüger verwalten würden. Bei Z. werde die Software IS-E für Energieversorger, nicht die Software NEST für Einwohnerkontrolle eingesetzt.

3.2. Die Beschwerdegegnerin erwidert, dass mit dem Referenzprojekt Z. ein höchst komplexes Projekt vorliege, bei welchem in eine nicht einfache Umgebung mit 50'000 Kunden (Leistungsbezüger) eine äusserst anspruchsvolle Software IS-E, welche die gleiche Datenbank, die gleichen Basis-Daten und das gleiche Datenmodell wie NEST verwende, implementiert worden sei. Sowohl IS-E (für Energieversorger) als auch NEST (für Gemeinden, Städte und Kantone) würden von der C. AG betreut. Die Lösung IS-E sei ebenso wie NEST für grosse Institutionen, hier Energieversorger, geeignet. Diese beiden Applikationen seien praktisch identisch bzw. jedenfalls vergleichbar.

3.3. Auch die A. AG macht geltend, es handle sich bei NEST und IS-E um die gleiche Lösung. Mit der Installation Z. würden über 50'000 Kunden verwaltet. Somit diene diese Referenz als gute Auskunft, ob die A. AG mit grossen und komplexen Installationen von NEST/IS-E umgehen könne. Im Weiteren habe es im Projekt Z. sehr viele Schnittstellen zu anderen Systemen.

3.4. Wie bereits in Erwägung 1.4 ausgeführt, sind nach klarem Wortlaut des Eignungskriteriums E06 Kunden-Referenzen Einwohnerkontrolle solche Referenzprojekte anzuführen, welche Einwohner verwalten. Bei dem von der A. AG aufgeführten Referenzprojekt Z. handelt es sich hingegen gerade nicht um eine Gemeinde, welche Einwohner zu verwalten hat, sondern unbestrittenermassen um einen Energieversorger, welcher Leistungsbezüger zu verwalten hat.

Dies wird von der A. AG selbst bestätigt: In ihrer Offerte gab sie unter der Rubrik Zuschlagskriterien/Referenzen bei der Referenz Z. die Anzahl User im Bereich Einwohnerkontrolle mit "0" (Null) an. Ebenfalls führte sie unter der Rubrik Zuschlagskriterien an, die dritte Referenz Z. sei ein Energieversorger und keine Gemeinde.

Auch die Beschwerdegegnerin vermerkte im Offertöffnungsprotokoll unter der Rubrik Eignungskriterien als Kommentar, dass die A. AG zwei Referenzen mit Einwohnerkontrollen und eine Referenz mit Werken angegeben habe. Auch gab sie in der Beschwerdeantwort an, sie habe bereits im Rahmen des Offertöffnungsprotokolls festgehalten, dass in Bezug auf die Erfüllung des Eignungskriteriums E06 bei der A. AG noch Punkte zu klären seien. Sie war

sich demnach der Problematik bewusst. Ihr blieb jedoch bei dem von ihr klar und unmissverständlich formulierten Eignungskriterium E06 kein Spielraum, die Software IS-E für Energieversorger als Einwohnerkontroll-System gelten zu lassen. Das Referenzobjekt Z. erfüllt somit die definierten Anforderungen gemäss Eignungskriterium 06 nicht.

Nachdem zwei der vier von der A. AG angegebenen Referenzprojekte das Eignungskriterium E06 nicht erfüllen, braucht im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr geprüft zu werden, ob das Referenzprojekt Y. neben W. die beim Eignungskriterium E06 klar gestellten Anforderungen genügen würde. Selbst wenn nämlich dieses Referenzprojekt das Eignungskriterium E06 erfüllen würde, käme die A. AG nicht auf die geforderten drei Referenzprojekte.

4.

4.1. Die A. AG erfüllt das Eignungskriterium E06 nicht, womit deren Ausschluss vom Vergabeverfahren hätte erfolgen müssen und folglich der Zuschlag nicht ihr hätte erteilt werden können. Die Zuschlagsverfügung vom 29. Juni 2016 ist demnach aufzuheben.

4.2. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass nur sie und die D. AG im Submissionsverfahren verbleiben würden. Sie selbst komme auf 464.49 Punkte, die D. AG nur auf 423.74 Punkte. Damit sei klar und unbestreitbar, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten müsse.

4.3. Die Beschwerdeinstanz kann die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen (Art. 18 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 GöB).

4.4. Dem Gericht liegt einzig die Beilage 2 (Fragebogen und Leitfaden für die Angebotserstellung) der Offerte der Beschwerdeführerin vor. Nicht bekannt sind ihm hingegen unter anderem die verlangte Dokumentation der Erfüllung der Eignungskriterien mit Unterlagen und die Beilage 2b der Ausschreibung betreffend Gewichtung und Bewertungsgrundlagen der Zuschlagskriterien. Es erscheint deshalb nicht zweckmässig, den Zuschlag unmittelbar mit dem Beschwerdeentscheid zu erteilen.

Die Angelegenheit ist folglich zur Neu Beurteilung und -entscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

(...)

Kantonsgericht Appenzell I.Rh., Verwaltungsgericht,
Entscheid V 16-2016 vom 1. Dezember 2016