



Sicherheitsdirektion

Kramgasse 20
3011 Bern
+41 31 633 47 22
www.be.ch/sid

2019.POMGS.675 Ho

Beschwerdeentscheid vom 25. Juni 2020

X.

vertreten durch Rechtsanwalt X
Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Bern

Kantonspolizei Bern (Kapo), Waisenhausplatz 32, Postfach, 3001 Bern
Beschwerdegegnerin 1

und

Y.

vertreten durch Rechtsanwalt Y
Beschwerdegegnerin 2

betreffend Submission (Zuschlagsverfügung der Kapo vom 14. Oktober 2019 i.S. Implementierung und Betrieb einer Ordnungsbussenapp und eines Ordnungsbussenportals)

Sachverhalt:

A.

Am 17. Oktober 2019 publizierte die Kapo auf www.simap.ch den im freihändigen Verfahren erfolgten Zuschlag vom 14. Oktober 2019 für das Projekt "Implementierung und Betrieb einer Ordnungsbussenapp und eines Ordnungsbussenportals" im Betrag von gut Fr. 567'000.00 an die Y.. Die freihändige Vergabe bzw. der Verzicht auf eine Ausschreibung wurde bzw. wird zusammengefasst damit begründet, dass aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags nur die Y., die auch Lieferantin des bereits bestehenden Bussenverwaltungssystems («R.») sei, als Auftragnehmerin in Frage komme. Zudem müsse der Auftrag auch zum Schutz geistigen Eigentums freihändig an die Y. vergeben werden und handle es sich um eine Erweiterung der von der Y. bereits erbrachten Leistung («R.»).

Gegen diesen Zuschlag erhob die X., vertreten durch Rechtsanwalt X, Bern, am 28. Oktober 2019 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM) (heute: Sicherheitsdirektion [SID]) und beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolge (1) die Gewährung der aufschiebenden Wirkung, (2) die Gewährung vollständiger Akteneinsicht, (3) die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Rückweisung der Sache an die Kapo mit der Anweisung, das Beschaffungsverfahren abzubrechen und anschliessend im Einladungsverfahren unter Berücksichtigung der Beschwerdeführerin oder im offenen oder selektiven Verfahren neu durchzuführen, (4) eventualiter die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Rückweisung der Sache an die Kapo zur Neu Beurteilung im Sinne der Erwägungen und (5) subeventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung. Zur Begründung brachte die Beschwerdeführerin zusammengefasst vor, es liege keiner der restriktiv auslegenden Ausnahmegründe vor, um von einer öffentlichen Ausschreibung des Auftrages abzusehen, und auch sie sei in der Lage, eine Ordnungsbussenapp und ein Ordnungsbussenportal zu implementieren und zu betreiben. Dies sei in Bezug auf die Ordnungsbussenapp schon daran ersichtlich, dass sie von der Stadtpolizei Zürich für eine solche App den Zuschlag erhalten habe.

B.

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2019 wies die Instruktionsbehörde die Kapo und die Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerinnen 1 und 2) darauf hin, dass es ihnen vorderhand untersagt sei, den Vertrag i.S. Implementierung und Betrieb einer Ordnungsbussenapp und eines Ordnungsbussenportals abzuschliessen.

Mit Vernehmlassung vom 13. November 2019 beantragte die Kapo, auf die Beschwerde sei kostenfällig nicht einzutreten, die aufschiebende Wirkung sei zu verweigern, der Beschwerdeführerin sei nur beschränkte Akteneinsicht zu gewähren und eventualiter sei die Beschwerde kostenfällig abzuweisen. Zur Begründung ihres Hauptantrages brachte die Kapo vor, es seien nur sog. potenzielle Anbieter

beschwerdelegitimiert, d.h. Anbieter, deren angebotene Leistung funktional der freihändig beschafften entspreche, was bei der Beschwerdeführerin nicht der Fall sei.

Die Beschwerdegegnerin 2 äusserte sich am 13. November 2019 lediglich zur Frage der Akteneinsicht, deren Beschränkung sie beantragte. Zudem stellte sie den Antrag, dass ihr keine Kosten und Entschädigungen aufzuerlegen seien.

Mit Verfügung vom 21. November 2019 gewährte die Instruktionsbehörde der Beschwerdeführerin beschränkte Einsicht in die Akten.

Am 13. Dezember 2019 wiederholte die Beschwerdeführerin ihre mit Beschwerde gestellten Rechtsbegehren.

C.

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 erkannte die Instruktionsbehörde der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu.

Am 13. Januar 2020 äusserten sich sowohl die Kapo als auch die Beschwerdegegnerin 2 nochmals und hielten an ihren Standpunkten und insbesondere daran, dass die Beschwerdegegnerin 2 als einzige Anbieterin in der Lage sei, die Bedürfnisse der Vergabestelle zu erfüllen, fest.

Mit Eingabe vom 19. Februar 2020 liess sich sodann die Beschwerdeführerin abschliessend vernehmen. Auch sie hielt an ihren Rechtsbegehren und Standpunkten fest.

Mit unaufgefordert eingereichter Eingabe vom 09. März 2020 beantragte die Beschwerdegegnerin 2 sodann die Abweisung der von der Beschwerdeführerin am 19. Februar 2020 gestellten Anträge auf Edition von Schnittstellendefinitionen der Beschwerdegegnerin 2.

Die Sicherheitsdirektion zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) i.V.m. Art. 11 Abs. 2 lit. b ÖBG unterliegt der vorliegend erfolgte Zuschlag, der die erforderlichen Schwellenwerte offensichtlich übersteigt, der Beschwerde an die SID. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG) und wurde vorliegend eingehalten. Es ist jedoch umstritten, ob die Beschwerdeführerin in casu zur Beschwerde legitimiert ist. Dieser Frage ist im Folgenden nachzugehen.

1.2 Wie gesehen bestreitet vorab die Kapo die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin und bringt vor, es seien nur sog. potenzielle Anbieter beschwerdelegitimiert, d.h. Anbieter, deren angebotene Leistung funktional der freihändig beschafften entspreche, was bei der Beschwerdeführerin nicht der Fall sei.

1.2.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 ÖBG i.V.m. Anhang 2 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 (IVöB; BSG 731.2-1) sind Lieferungs- und Dienstleistungsaufträge ab einem Wert von Fr. 250'000.00, wovon auch der hier interessierende Auftrag fällt, im selektiven oder offenen Verfahren zu vergeben, sprich öffentlich auszuschreiben (vgl. Art. 4 und Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BSG 731.21]). Ausnahmsweise kann ein solcher Lieferungs- oder Dienstleistungsauftrag jedoch dennoch freihändig vergeben werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin oder ein Anbieter in Frage kommt (Art. 7 Abs. 3 lit. c ÖBV) oder wenn der Ersatz, die Ergänzung oder die Erweiterung bereits erbrachter Leistungen der ursprünglichen Anbieterin oder dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden muss, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder die Kontinuität der Dienstleistungen gewährleistet ist (Art. 7 Abs. 3 lit. f ÖBV). Diese Ausnahmetatbestände sind restriktiv anzuwenden, denn vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung, d.h. vom Gewährleisten des grösstmöglichen Wettbewerbs, darf nur aus gewichtigen, zwingenden Gründen abgewichen werden (vgl. Urteil VD.2018.230 des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 05. November 2019 E. 3.1 mit Hinweisen, BVGer B-1570/2015 vom 07. Oktober 2015 E. 2.1, RPW 2014/1 S. 336 ff. [Urteil des Kantonsgerichtes Luzern vom 12. Februar 2014 E. 12.2], BVR 2003 S. 228, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, 2013, Rz. 291, 357).

1.2.2 Zu dem mit Art. 7 Abs. 3 lit. c ÖBV grosso modo deckungsgleichen Ausnahmetatbestand von Art. 13. Abs. 1 lit. c der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) hat das Bundesgericht in seinem Urteil 137 II 313 vom 11. März 2011 zur Frage der Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde gegen eine freihändig erfolgte Vergabe in E. 3.3.2 ausgeführt, gegen den Entscheid, unzulässigerweise das Freihandverfahren durchzuführen, stehe nur den potenziellen Anbietern des von der Vergabestelle in zulässiger Weise definierten Beschaffungsgegenstandes eine Beschwerdemöglichkeit zu, sprich könne nur zur Beschwerde legitimiert sein, wer ein Produkt anbiete, das bei rechtmässiger Ausschreibung Beschaffungsgegenstand sein könnte, nicht aber, wer geltend mache, ein davon verschiedenes Produkt anbieten zu wollen.

Es muss daher auf dem Beschwerdeweg überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes rechtmässig ist (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.2). Die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstands wird damit zu einem sog. doppelrelevanten Sachverhalt: Sie bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt), zugleich

ist sie aber vorfrageweise von Bedeutung für die Frage, wer überhaupt aufgrund des von ihm angebotenen Produkts legitimiert ist, Beschwerde zu erheben. Es liegt im Wesen doppelrelevanter Sachverhalte, dass sie sowohl im Rahmen des Eintretens als auch im Rahmen der materiellen Beurteilung geprüft werden können (BGE 137 II 313 E. 3.3.3.).

Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes für die freihändige Vergabe beruft, hat grundsätzlich auch nachzuweisen, dass alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Damit ist diesbezüglich prinzipiell die Vergabestelle beweispflichtig, wobei ein Glaubhaftmachen genügt, sofern ein strikter Nachweis nicht möglich oder nicht zumutbar ist (vgl. zum Ganzen: Urteil VD.2018.230 des Appellationsgerichtes Basel-Stadt vom 05. November 2019 E. 2.2, BVGer B-1570/2015 vom 07. Oktober 2015 E. 2.3). Die Vergabestelle muss dabei insbesondere darlegen, dass sie sich vor Einleitung der freihändigen Vergabe detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt, in vergaberechtskonformer Weise technische Anforderungen aufgestellt (sprich den Beschaffungsgegenstand in zulässiger Weise umschrieben) und gestützt darauf den Markt analysiert hat, bevor sie zum Schluss gekommen ist, die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe seien erfüllt (BVGer B-1570/2015 vom 07. Oktober 2015 E. 2.3 und 2.5; vgl. auch Urteil VD.2018.230 des Appellationsgerichtes Basel-Stadt vom 05. November 2019 E. 2.2 und 3.4.1). Ist dies gegeben, ist zu prüfen, ob die beschwerdeführende Partei eine konkrete Lösung anbietet, die sowohl funktional als auch wirtschaftlich eine angemessene Alternative zum beschafften Produkt/zur beschafften Dienstleistung darstellt (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.6.1). Für das Vorliegen einer angemessenen Alternative ist die beschwerdeführende Partei beweispflichtig, wobei auch hier kein strikter Beweis gefordert ist. Vielmehr muss im Sinne eines Glaubhaftmachens substantiiert dargelegt werden, dass die angebotene Alternative angemessen ist (vgl. Urteil VD.2018.230 des Appellationsgerichtes Basel-Stadt vom 05. November 2019 E. 1.3, BVGer B-1570/2015 vom 07. Oktober 2015 E. 1.5.4 mit Hinweis auf BGE 141 II 14 E. 5.1, BGE 137 II 313 E. 3.5.2).

1.2.3 Die Kapo beruft sich inzwischen wie gesehen auf drei verschiedene Ausnahmetatbestände: technische Besonderheiten des Auftrags (Art. 7 Abs. 3 lit. c ÖBV), Schutz geistigen Eigentums (Art. 7 Abs. 3 lit. c ÖBV) und Ergänzung/Erweiterung bereits erbrachter Leistungen (Art. 7 Abs. 3 lit. f ÖBV) (vgl. Zuschlagsverfügung; Vernehmlassung der Kapo vom 13. November 2019, Ziff. II. 2., Ziff. IV. 4. in fine).

1.2.3.1 Der Ausnahmetatbestand des Schutzes geistigen Eigentums wurde in der Zuschlagsverfügung nicht erwähnt, und es ergibt sich auch sonst nicht aus den Vorakten, dass sich die Kapo im Vorfeld der Verfahrenswahl mit den Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestands auseinandergesetzt hätte. Es ist daher nach dem oben Gesagten nicht zulässig, gestützt auf diesen Ausnahmetatbestand auf eine Ausschreibung des vorliegenden Auftrages zu verzichten. Abgesehen davon könnte dem Schutz geistigen Eigentums mit sog. non-disclosure-agreements Rechnung getragen werden.

Auch hinsichtlich der beiden anderen Ausnahmetatbestände ergibt sich aus den Vorakten nicht, dass sich die Kapo im Vorfeld der Verfahrenswahl detailliert mit deren Voraussetzungen auseinandergesetzt hat: Explizit tauchen die Begriffe der technischen Besonderheiten und der Erweiterung eines bestehenden Systems erstmals in der Zuschlagsverfügung und dann einen Tag darauf im mit der Zuschlagsverfügung quasi identisch lautenden Bericht der Kapo zur freihändigen Vergabe (Vorakten: pag. 616 f.) auf. Gestützt auf die Akten ist sogar davon auszugehen, dass die Kapo noch anfangs Herbst 2019 vorsah, den Auftrag öffentlich auszuschreiben, hielt die Beschwerdeführerin gegenüber der Kapo am 30. September 2019 doch fest, die Kapo habe sie anlässlich eines Telefongesprächs vom 25. September 2019 informiert, dass es in den nächsten Wochen eine Ausschreibung geben werde, wobei sich ein Anbieter offenbar schon in die Rolle des Favoriten gebracht habe (Vorakten: pag. 347, 353). Angesichts der bereits knapp drei Wochen später, am 14. Oktober 2019 erfolgten freihändigen Vergabe des Auftrages durch die Kapo bei gleichzeitig fehlender Dokumentation einer detaillierten Auseinandersetzung mit den vorgenannten zwei Ausnahmetatbeständen und des Umstands, dass die Offerte der Zuschlagsempfängerin vom 20. September 2019 datiert, muss die Direktion einerseits davon ausgehen, dass die Kapo den Entscheid über die Verfahrenswahl erst nach Eingang der Offerte der Zuschlagsempfängerin gefällt hat, was rein verfahrenslogisch betrachtet falsch ist und mit Blick auf die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbietenden und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 7 ÖBG und Art. 11 Abs. 1 lit. a und b IVöB) klarerweise nicht angeht (vgl. auch: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 321). Andererseits muss bei dieser Ausgangslage darauf geschlossen werden, dass sich die Kapo im Vorfeld der Verfahrenswahl auch mit den Voraussetzungen der Ausnahmen der technischen Besonderheiten und der Erweiterung bestehender Leistungen nicht ausreichend befasst hat.

1.2.3.2 Es kommt weiter hinzu, dass die Kapo gemäss Vorakten zusammen mit der Zuschlagsempfängerin/Beschwerdegegnerin 2 während Monaten an der Definition der Anforderungen an die Bussenapp und das Bussenportal gearbeitet hat. Es fanden mehrere Besprechungen statt, gestützt auf diese die Zuschlagsempfängerin der Kapo soweit aktenkundig zumindest Mitte April 2019 zur Überprüfung und als Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen drei verschiedene Offertvarianten mit Anpassungen einreichte (Vorakten: pag. 448 ff., 451 ff., 482 ff., 513 ff., 520). Im Nachgang zu diesen Offertvarianten fanden sodann Fragerunden statt, und am 20. September 2019 reichte die Beschwerdegegnerin schliesslich ihre definitive Offerte ein, die dann am 14. Oktober 2019 auch den Zuschlag erhielt (Vorakten: pag. 571 ff., 581 ff., 587 ff.). Wenn es einer Vergabestelle auch gestattet sein muss, für die Definition der (technischen) Anforderungen an ein Produkt auf die Unterstützung externer Fachkräfte zurückzugreifen, so ist es doch problematisch, sich zu diesem Zweck auf eine Anbieterin zu konzentrieren und sogar so weit zu gehen, sich von dieser Offertvarianten zur Überprüfung und als Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen erstellen zu lassen. Diese Verfahrensweise birgt offensichtlich die Gefahr, dass die beigezogene Anbieterin bewusst oder unbewusst mit Blick auf ihre eigenen Produkte und Dienstleistungen auf die Entwicklung der Definition der Anforderungen an das zu beschaffende Produkt in einer Weise Einfluss nimmt, dass diese Anforderungen schlussendlich so ausgestaltet sind, dass nur noch das Produkt und die Dienstleistungen der beigezogenen Anbieterin in Frage kommen. Auch wenn sich diese Gefahr hier angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin vorbringt, den Anforderungen der Kapo an eine Bussenapp und ein Bussenportal gerecht werden zu können, nicht verwirklicht hat (vgl. dazu auch nachfolgend und E. 1.2.4), ist diese Vorgehensweise mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Anbietenden, des wirksamen Wettbewerbs und des freien Marktzugangs nicht vereinbar (vgl. auch Art. 24 Abs. 1 lit. a ÖBV, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 340) und daher nicht vergaberechtskonform. Das Vorgehen der Kapo ist zudem mit Blick auf diese Grundsätze auch deshalb kritisch, weil sie mit der Zuschlagsempfängerin über Monate die Produkte- und Dienstleistungsanforderungen diskutiert und modifiziert hat, wodurch die Zuschlagsempfängerin monatelang Zeit gehabt hat, die Entwicklung ihrer Produkte und Dienstleistungen gezielt voranzutreiben und den Wünschen der Kapo anzupassen, was vorliegend auch geschehen ist (Vorakten: pag. 451, 589).

Abgesehen von diesen verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten ergibt sich hinsichtlich der Definition der Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand Folgendes: Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin wie bereits gesehen geltend macht, den Anforderungen der Kapo an eine Ordnungsbussenapp und an ein Ordnungsbussenportal gerecht werden zu können, kann grundsätzlich nicht gesagt werden, die Kapo habe die technischen Anforderungen unzulässigerweise derart einschränkend formuliert, dass klarerweise nur ein Anbieter zur Erfüllung des Auftrages in Frage kommt. Ob die Beschwerdeführerin tatsächlich zur Auftragserfüllung befähigt ist, ist dagegen nicht an dieser Stelle zu prüfen, sondern eine Frage der angemessenen Alternative (vgl. dazu nachfolgende E. 1.2.4). Näherer

Betrachtung ist bei dieser Ausgangslage nur ein Kriterium zu unterziehen: Die Kapo führt in der hier angefochtenen Zuschlagsverfügung aus, man beabsichtige mit der Beschaffung, den gebüssten Personen die Ordnungsbussen aus dem ruhenden und rollenden Verkehr im Ordnungsbussenportal unverzüglich nach deren Erfassung zur Verfügung zu stellen. Dies könne einzig mit einer direkten Anbindung von App und Portal an das Grundsystem («R.») sichergestellt werden, wobei eine solche direkte Anbindung nur durch die Lieferantin von «R.» erfolgen könne. Dieses zero-time-loss-Argument verfängt nach Auffassung der Direktion schon deshalb nicht, weil auch die Zuschlagsempfängerin gemäss ihrer Offerte nicht in jedem Fall gewährleisten kann, dass die Busse bzw. das Vormerken eines Vergehens bei Geschwindigkeitskontrollen mit Anhalten unmittelbar nach Erfassung in der Bussenapp der gebüssten bzw. vorgemerkten Person im Bussenportal zur Einsicht und Bearbeitung (Zahlung etc.) zur Verfügung steht (Vorakten: pag. 595 "Nach Ende der Erfassung ... wird die Ordnungsbusse unmittelbar [oder sobald möglich wegen Online/Offline-Bedingungen] an die Zentrale übermittelt, wo sie dem Gebüssten zur Zahlung oder sonstigen Intervention zur Verfügung steht.", pag. 597 "Mit der Übermittlung des Vormerkens [an «R.» (Anmerkung der Direktion)] erhält der Gebüsste einen QR-Code, mit diesem er in den Folgetagen Einsicht in sämtliche Informationen über das Vergehen auf dem ... Bussen-Portal erhält."). Zudem führt sogar die Zuschlagsempfängerin/Beschwerdegegnerin 2 in ihrer Eingabe vom 13. Januar 2020 (S. 3 Randnote 10) aus, der Datentransfer von der Bussenapp eines Drittanbieters in die Datenbank von «R.» könne ohne zeitliche Verzögerung erfolgen, sofern eine entsprechende Schnittstelle online zur Verfügung gestellt werde, was sie bei der Stadtpolizei Zürich, die ebenfalls mit «R.» und der Bussenapp der Beschwerdeführerin arbeitet, teilweise und wo notwendig gemacht habe. Was sodann die Anbindung des Bussenportals eines Drittanbieters an «R.» angeht, ist ein weiteres Mal auf die Ausführungen der Zuschlagsempfängerin/Beschwerdegegnerin 2 zu verweisen, die in ihrer Offerte ausdrücklich festhält, sie werde einem Kunden, der ein eigenes Bussenportal erstellen wolle, die notwendigen Web-Services liefern, die benötigt würden, um das Bussenportal mit den erforderlichen Informationen zu befüllen (Vorakten: pag. 606). Es ist daher und auch angesichts dessen, dass kein Grund ersichtlich ist, weshalb nicht auch ein Bussenportal mit einer online zur Verfügung gestellten Schnittstelle an «R.» angebunden werden könne sollte, nicht erkennbar, dass das Bussenportal einer Drittanbieterin überhaupt oder nicht hinnehmbare zeitliche Verzögerungen im Datentransfer mit sich bringen würde.

Nach dem Gesagten stellt das Argument der Kapo, die Bussen müssten den gebüssten Personen nach Erfassung ohne Zeitverzögerung im Bussenportal zur Verfügung stehen, keine zulässige Anforderung an das Beschaffungsobjekt dar und erlaubt vorliegend jedenfalls nicht, auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrages zu verzichten.

1.2.3.3 Wie oben in E. 1.2.2 dargelegt muss die Kapo auch glaubhaft machen, dass sie eine Marktanalyse vorgenommen hat, bevor sie zum Schluss gekommen ist, die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe seien erfüllt. Aus den Vorakten ergibt sich dazu lediglich, dass die Kapo in Bezug auf den vergebenen Auftrag Kontakt mit der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin 2 hatte. Dies stellt offensichtlich keine genügende Marktanalyse dar. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Kapo die Durchführung einer (fundierten) Marktanalyse zwar verschiedentlich behauptet, dieses Vorbringen aber weder konkretisiert noch mit Unterlagen untermauert (Vernehmlassung vom 13. November 2019, S. 3, 6, 7; Stellungnahme vom 13. Januar 2020, S. 2). Dass vor dem Entscheid über die Verfahrenswahl eine fundierte Marktanalyse vorgenommen worden ist, muss zudem auch vor dem Hintergrund ausgeschlossen werden, dass dieser Entscheid wie in vorstehender E. 1.2.3.1 dargelegt erst nach Eingang der Offerte der Zuschlagsempfängerin vom 20. September 2019, innert nicht einmal drei Wochen und gemäss Vorakten ohne weitere Kontakte mit der Beschwerdeführerin oder weiteren Anbietern gefällt worden ist.

Hat die Kapo die Durchführung einer Marktanalyse vor dem Entscheid über die Verfahrensart nicht glaubhaft machen können, fehlt es an einem weiteren Element, das Voraussetzung für die Zulässigkeit des Verzichts auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrages unter Anwendung der angerufenen Ausnahmetatbestände ist.

1.2.3.4 Als Zwischenfazit ist somit festzustellen, dass die Kapo weder glaubhaft machen konnte, sich vor Einleitung der freihändigen Vergabe detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der angerufenen Ausnahmenvorschriften auseinandergesetzt noch eine Marktanalyse vorgenommen zu haben. Mit ihrer Forderung nach einem zeitverzugslosen Datentransfer zwischen Bussenapp und «R.» sowie zwischen «R.» und Bussenportal hat sie zudem ein Kriterium formuliert, das in casu keinen Schutz verdient. Schliesslich erweist sich das von der Kapo gewählte Vorgehen (monatelange Zusammenarbeit mit der Zuschlagsempfängerin zwecks Definition der Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand, Einholen von Offertvarianten bei der Zuschlagsempfängerin zur Überprüfung und als Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen, Einholen der definitiven Offerte vor Entscheid über die Verfahrensart) wie gesehen als mit verschiedenen grundlegenden Prinzipien des Vergaberechts nicht vereinbar.

1.2.4 Die Beschwerdeführerin hat ihrerseits sodann wie dargelegt glaubhaft zu machen, dass sie eine konkrete Lösung anbietet, die sowohl funktional als auch wirtschaftlich eine angemessene Alternative zum beschafften Produkt/zur beschafften Dienstleistung darstellt. Dabei ist allerdings primär dem funktionalen Aspekt Beachtung zu schenken, zumal dem wirtschaftlichen Aspekt grundsätzlich durch Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes im Rahmen einer öffentlichen Vergabe Rechnung zu tragen ist (vgl. Art. 30 Abs. 1 ÖBV). Es ist daher nach Auffassung der Direktion nicht zulässig,

bei Anwendung der Ausnahmetatbestände von Art. 7 Abs. 3 lit. c und f ÖBV den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit über den Grundsatz des freien Zugangs zum Markt zu stellen, spricht aus finanziellen Gründen den freien Zugang zum Markt von vornherein zu beschränken und auf eine Ausschreibung zu verzichten, obwohl die beiden Grundsätze mit Blick auf Art. 7 ÖBG gleichwertig sind.

Nachfolgend sind diejenigen Funktionalitäten der Bussenapp und des Bussenportals näher zu betrachten, bei denen umstritten ist, ob die Lösung der Beschwerdeführerin diese bieten kann.

1.2.4.1 Gemäss Kapo soll eine Gesamtlösung mit Ordnungsbussenapp und Ordnungsbussenportal beschafft werden, wobei App und Portal durchgängig über Schnittstellen mit «R.» kommunizieren können sollen und die App auch Funktionen haben soll, die Prozessschritte in der Verarbeitung einer Busse in «R.» ermöglichen (wie z.B. das Auslösen des Versandes einer Übertretungsanzeige in der App). Diese Funktionen sollen gemäss Kapo ein Einzigartigkeitsmerkmal der Lösung der Zuschlagsempfängerin sein, wofür diese derzeit keine Schnittstellen anbiete (zum Ganzen: Vernehmlassung der Kapo vom 13. November 2019, S. 3, 4, 6, 7; Stellungnahme der Kapo vom 13. Januar 2020, S. 1 ff.).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, bereits über eine Bussenapp zu verfügen, die bei der Stadtpolizei Zürich im Einsatz sei, und ihr Produkt "«S.»" könne innert kürzester Frist zu einem Bussenportal ausgebaut werden bzw. sei als solches schon weitestgehend, bis auf spezifische Kundenwünsche, entwickelt (Beschwerde, S. 11 Ziff. 2.4.4; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2019, S. 4, 9 f.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Februar 2020, S. 7). Die durchgängige Kommunikation zwischen App bzw. Portal und «R.» könne über entsprechende, online zur Verfügung gestellte Schnittstellen der Beschwerdegegnerin 2, wie sie Anfang März 2020 bei der Stadtpolizei Zürich in Betrieb genommen worden seien, sichergestellt werden (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Februar 2020, S. 3). Zudem unterstütze ihr System die Funktion "Auslösen einer Übertretungsanzeige", und diese könne eingesetzt werden, sobald die Beschwerdegegnerin 2 eine entsprechende online Schnittstelle zur Verfügung stelle (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Februar 2020, S. 4).

Diese Ausführungen der Beschwerdeführerin sind nachvollziehbar, glaubhaft und werden in Bezug darauf, dass eine durchgängige Kommunikation der Systeme der Beschwerdeführerin mit «R.» über online Schnittstellen sichergestellt werden kann und sogar ohne Zeitverzögerung möglich ist, auch durch die Angaben der Beschwerdegegnerin 2 gestützt (Vorakten: pag. 606; Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 2 vom 13. Januar 2020, S. 2 und 3).

1.2.4.2 Die Ordnungsbussenapp muss zudem gemäss Kapo Schnittstellen zu den Anbietern von eParking-Systemen (genannt werden AVEDRIS und Sepp-App) haben, damit die Kapo die Nutzung der von den Gemeinden elektronisch bewirtschafteten Parkplätze kontrollieren kann (Vernehmlassung der Kapo vom 13. November 2019, S. 3, 6, 7; Stellungnahme der Kapo vom 13. Januar 2020, S. 3).

Die Beschwerdeführerin räumt zwar ein, dass sie im Zeitpunkt des Ergehens der Zuschlagsverfügung noch über keine Schnittstellen zu AVEDRIS und der Sepp-App verfügte, bringt aber vor, Schnittstellen zu anderen e-Parkingsystemen zu haben und innert kürzester Zeit Schnittstellen zu den gewünschten e-Parkingsystemen realisieren zu können (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2019, S. 7 f.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Februar 2020, S. 7).

Die Direktion hat keinen Anlass, an dieser Aussage zu zweifeln, zumal viele verschiedene e-Parking-Anbieter existieren, daher die Wahrscheinlichkeit gross ist, dass laufend neue Systeme von der Kapo überprüft werden können müssen, was entsprechend rasches Reagieren auf Schnittstellenebene erfordert, und auch die Zuschlagsempfängerin bei Auftauchen neuer eParking-Anbieter ein Manko aufwiese, sollten solche Schnittstellen nicht rasch realisierbar sein.

1.2.4.3 Weiter verlangt die Kapo, dass die Bussenapp über eine Scan-Funktion für Ausweise oder Kontrollschilder verfügen muss (Vernehmlassung der Kapo vom 13. November 2019, S. 3, 8).

Die Beschwerdeführerin bringt dazu vor, für das Scannen von Ausweisen und Kontrollschildern die Komponente «Z.» zu verwenden, die bei Bedarf aktiviert werden könne (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2019, S. 8 f.; Beschwerdebeilagen [BB] 18 und 19 [vertraulich]).

Die Direktion hat daher keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die Lösung der Beschwerdeführerin die gewünschte Scan-Funktion bieten kann.

1.2.4.4 Mit der Ordnungsbussenapp sollen auch Geschwindigkeitskontrollen mit Anhalten erfasst werden können. Die Administration, Verarbeitung und Buchhaltung in Bezug auf solche Bussen und Vorgänge erfolgt laut Kapo in «R.». Dies setze eine direkte Verbindung zwischen App und «R.» voraus, was wiederum nur die Zuschlagsempfängerin umsetzen könne. Für eine Schnittstelle zur App einer Drittanbieterin werde die Zuschlagsempfängerin nicht Hand bieten (Vernehmlassung der Kapo vom 13. November 2019, S. 8; Stellungnahme der Kapo vom 13. Januar 2020, S. 3, 5).

Dazu hält die Beschwerdeführerin fest, ihre Lösung verfüge über eine Vormerkfunktion für Vorgänge und die Aufnahme von Geschwindigkeitskontrollen könne mittels Zusatzmasken definiert werden. Ihre Bussenapp "unterstütze" denn auch bei der Stadtpolizei Zürich nicht nur den ruhenden, sondern auch den rollenden Verkehr (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2019, S. 17). Ihr Produkt sei einfach konfigurierbar, so dass die gewünschte Funktion "Verkehrskontrolle mit Anhalten" innert nützlicher Frist verfügbar gemacht werden könne, sobald der Anforderungskatalog bekannt sei (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Februar 2020, S. 6). Der Abgleich der Falldaten bei Radarkontrollen könne auch bei der Lösung der Beschwerdeführerin nach wie vor durch «R.» erfolgen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Februar 2020, S.11).

Es besteht auch hier kein Anhaltspunkt dafür, dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage sein sollte, diese von der Kapo gewünschte Funktion anzubieten. Was sodann die Verbindung zwischen App und «R.» angeht, kann auf das in vorstehender E. 1.2.4.1 Ausgeführte verwiesen werden. Dass die Beschwerdegegnerin 2 die benötigte Schnittstelle zwecks Anbindung der App eines Drittanbieters an «R.» momentan nicht zur Verfügung stellen will, ändert nichts daran, dass eine solche Anbindung technisch möglich ist.

1.2.4.5 Das Ordnungsbussenportal muss über eine Schnittstelle zu «R.» alle für die Bezahlung der Ordnungsbusse relevanten Daten zwischen «R.» und dem Portal austauschen können (Vernehmlassung der Kapo vom 13. November 2019, S. 4).

Dass solche Schnittstellen möglich sind, wurde bereits mehrfach ausgeführt. Zudem ist festzustellen, dass die Stadtpolizei Zürich ein eigenes Portal und damit im Verhältnis zu «R.» ein Drittprodukt entwickelt hat, das ebenfalls an «R.» angebunden ist (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Februar 2020, S. 8).

1.2.4.6 Der Betrieb des Ordnungsbussenportals muss durch die Anbieterin erfolgen (Vernehmlassung der Kapo vom 13. November 2019, S. 4, 7).

Weshalb die Beschwerdeführerin nicht in der Lage sein soll, das geforderte Bussenportal zu betreiben, ist nicht ersichtlich (vgl. dazu auch oben E. 1.2.4.1; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2019, S. 10 Ziff. 5.12).

1.2.4.7 Dass Schnittstellen ein Kostentreiber und auch in der Wartung aufwändig sein sollen (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 2 vom 13. Januar 2020, S. 4), mag zwar zutreffen. Abgesehen davon, dass gestützt auf die Aktenlage der Umfang der mit der Entwicklung der erforderlichen Schnittstellen verbundenen allfälligen Mehrkosten nicht abgeschätzt werden kann, ist aber dem wirtschaftlichen Aspekt eines Alternativangebotes wie bereits dargelegt ohnehin primär bei der Beurteilung der Offerten im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung Rechnung zu tragen. Diesem Punkt kommt an dieser Stelle daher keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu.

1.2.5 Nach dem Gesagten ist es der Beschwerdeführerin gelungen, glaubhaft zu machen, dass sie mit ihrer Lösung eine angemessene Alternative zum beschafften Produkt/zur beschafften Dienstleistung bieten kann. Die Anwendung des Ausnahmetatbestandes von Art. 7 Abs. 3 lit. c ÖBV fällt deshalb ausser Betracht.

1.2.6 Ebenfalls nicht zur Anwendung gelangen kann bei der geschilderten Ausgangslage der Ausnahmetatbestand gemäss Art. 7 Abs. 3 lit. f ÖBV (Erweiterung bereits erbrachter Leistungen): Ist die Beschwerdeführerin wie gesehen in der Lage, der Kapo eine Lösung anzubieten, mit der deren Bedürfnisse abgedeckt werden, ist nicht ersichtlich, weshalb nur mit der Lösung der Beschwerdegegnerin 2 die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder die Kontinuität von Dienstleistungen gewährleistet sein soll. Letzteres macht die Kapo denn auch gar nicht geltend und wäre auch nicht nachvollziehbar, sollen mit der App und dem Portal doch neue Dienstleistungen ins Portfolio der Kapo aufgenommen werden.

1.3 Nach dem Gesagten ist in der Beschwerdeführerin eine potenzielle Anbieterin zu sehen und kann sich die Kapo nicht mit Erfolg auf die Ausnahmetatbestände von Art. 7 Abs. 3 lit. c und f ÖBV berufen. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

Gleichzeitig ist damit die Beschwerde in der Sache auch gutzuheissen: Liegt kein Ausnahmetatbestand vor, der es erlauben würde, vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung eines Auftrages abzusehen, ist die freihändige Vergabe nicht zulässig. Vorliegend ist damit die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 14. Oktober 2019 aufzuheben und die Kapo anzuweisen, den Auftrag i.S. Implementierung und Betrieb einer Ordnungsbussenapp und eines Ordnungsbussenportals im offenen oder selektiven Verfahren öffentlich auszuschreiben.

2. Zur Kostenverlegung ergibt sich Folgendes:

2.1 Die Beschwerdeführerin obsiegt in der Sache vollumfänglich. Gleiches gilt auch für die Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2019 i.S. aufschiebende Wirkung. Insoweit sind ihr daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 e contrario des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Da die Beschwerdegegnerin 2 weder Anträge in der Sache noch bezüglich der aufschiebenden Wirkung gestellt hat, können ihr auch keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. dazu MERKLI/AESCHLIMANN/HER-ZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 108 N. 3). Die Kapo ist sodann gestützt auf Art. 108 Abs. 2 VRPG ebenfalls nicht kostenpflichtig. Schliesslich rechtfertigt sich bezüglich der Behandlung des beschwerdeführerischen Antrages um Gewährung vollständiger Akteneinsicht keine Ausscheidung von Verfahrenskosten zu Lasten der insoweit unterliegenden Beschwerdeführerin, weshalb insgesamt keine Verfahrenskosten zu erheben sind.

2.2 Was die Parteikosten angeht, gilt sodann Folgendes: Die Beschwerdeführerin hat als in der Sache und bezüglich der aufschiebenden Wirkung obsiegende Partei insoweit Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten durch die unterliegende Beschwerdegegnerin 1 (Kapo) (Art. 108 Abs. 3 VRPG); die Beschwerdegegnerin 2 wird auch hier mangels Antragsstellung nicht kostenpflichtig (vgl. vorstehende E. 2.1). Mit ihrem Antrag auf vollständige Akteneinsicht ist die Beschwerdeführerin jedoch unterlegen. Insoweit hat die Beschwerdegegnerin 2 obsiegt und ebenfalls Anspruch auf eine Parteikostenentschädigung, die von der Beschwerdeführerin zu leisten ist (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

2.2.1 Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs.1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11]).

2.2.2 Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin 2 sind mehrwertsteuerpflichtig (vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register [<https://www.uid.admin.ch>]). Sie können daher die von ihren Rechtsvertretern auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Es fällt ihnen somit betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an, und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme damit einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich.

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts sind deshalb die in den Kostennoten der Rechtsvertreter aufgeführten Mehrwertsteuerbeträge bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen (BVR 2014 S. 484 E. 6)

2.2.3 Nach dem Gesagten werden die genannten Parteientschädigungen gestützt auf die eingereichten Kostennoten wie folgt festgesetzt:

Die Beschwerdeführerin macht mit Kostennote vom 19. Februar 2020 (je ohne MwSt.) ein Honorar von Fr. 11'800.00 und Auslagen in der Höhe von Fr. 252.80 geltend. Der gebotene Zeitaufwand wird mit Blick auf einen überdurchschnittlichen Aktenumfang, die Komplexität der Materie sowie die Anzahl und den Umfang der Rechtsschriften als überdurchschnittlich bezeichnet, die Bedeutung der Streitsache als sehr gross und die Schwierigkeit des Prozesses als durchschnittlich. - Anders als die Beschwerdeführerin stuft die Direktion die Bedeutung der Streitsache angesichts des Auftragsvolumens und im Vergleich mit anderen Submissionsbeschwerdefällen als maximal mittel ein. Hingegen kann der gebotene Zeitaufwand angesichts dessen, dass mehr als ein einfacher Schriftenwechsel erforderlich war, als eher überdurchschnittlich bewertet werden, auch wenn der Aktenumfang entgegen der Beschwerdeführerin nicht als überdurchschnittlich bezeichnet werden kann. Vor diesem Hintergrund erachtet die Direktion ein Honorar von Fr. 8'500.00 als angemessen. Davon sind Fr. 250.00 abzuziehen, da die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf vollständige Akteneinsicht unterlegen und der darauf entfallende Aufwand daher nicht zu entschädigen ist. Damit hat die Kapo (Beschwerdegegnerin 1) der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von total Fr. 8'502.80 (Honorar: Fr. 8'250.00, Auslagen: Fr. 252.80) zu leisten.

Die Beschwerdegegnerin 2 macht mit Kostennote vom 27. November 2019 ohne MwSt. ein Honorar von Fr. 1'920.00 (6 Stunden à Fr. 320.00) und keine Auslagen geltend. Diese Kostennote umfasst nur den Aufwand im Zusammenhang mit der Eingabe der Beschwerdegegnerin 2 vom 13. November 2019 bzw. mit der Thematik der Akteneinsicht und erscheint der Direktion mit Blick auf die relevanten Kriterien angemessen. Der Parteikostenersatz für die Beschwerdegegnerin 2 wird damit zu Lasten der Beschwerdeführerin auf Fr. 1'920.00 festgesetzt.

Dispositiv und Rechtsmittelbelehrung auf nachfolgender Seite

Demnach entscheidet die Sicherheitsdirektion:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung der Kapo vom 14. Oktober 2019 aufgehoben und die Kapo angewiesen, den Auftrag i.S. Implementierung und Betrieb einer Ordnungsbussenapp und eines Ordnungsbussenportals im offenen oder selektiven Verfahren öffentlich auszuschreiben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Kapo hat der Beschwerdeführerin einen Parteikostenersatz von Fr. 8'502.80 (inkl. Auslagen, ohne MwSt.) zu bezahlen. Dieser Betrag kann direkt bei der Kapo eingefordert werden.
4. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin 2 einen Parteikostenersatz von Fr. 1'920.00 (ohne Auslagen, ohne MwSt.) zu bezahlen.
5. Je ein Doppel der Eingabe der Beschwerdegegnerin 2 vom 09. März 2020 geht zur Kenntnisnahme an die Beschwerdeführerin und an die Kapo.
6. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführerin
 - Kapo, Rechtsdienst
 - Beschwerdegegnerin 2

Sicherheitsdirektion

Philippe Müller
Regierungsrat

Beilagen:

- erwähnt

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann binnen 10 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine Beschwerde muss in drei Exemplaren eingereicht werden und einen Antrag, eine Begründung und die Unterschrift enthalten. Der angefochtene Entscheid und die greifbaren Beweismittel sind beizulegen.