



Fall-Nr.: B 2014/210
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 12.02.2020
Entscheiddatum: 27.10.2014

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 27.10.2014

Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 8 Abs. 3, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Das Verwaltungsgericht ist zur Behandlung von Beschwerden gegen Zuschlagsverfügungen des Rektors der Interstaatlichen Hochschule für Technik Buchs (NTB Buchs) zuständig. Mit der Beauftragung des Baudepartements des Kantons St. Gallen als Bauherrenvertreterin ist keine Delegation der Kompetenz verbunden, Zuschlagsverfügungen zu erlassen. Bei einer nicht rechtskundig vertretenen Beschwerdeführerin kann im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss auch das Gesuch enthalten sein, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren (Änderung der Rechtsprechung). Die ausgeschriebenen Arbeiten sind Teil des Innenausbaus eines komplexen Bauvorhabens mit vor- und insbesondere nachgelagerten Arbeiten. Deshalb kommt der Einhaltung der Termine der einzelnen Teilarbeiten für die zeitlich zuverlässige Planbarkeit der Erstellung innert absehbarer Frist ein grosses Gewicht zu. Allfällige Mängel bei der Handhabung des Preiskriteriums und der Gewichtung der weiteren Kriterien vermöchten im konkreten Fall zudem nichts daran zu ändern, dass das Angebot der Beschwerdeführerin nicht das wirtschaftlich günstigste ist. Dem Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, kann nicht entsprochen werden (Verwaltungsgericht, Präsidentialverfügung, B 2014/210).

Verfügung vom 27. Oktober 2014

In Sachen

Stesag AG, Güterstrasse 1, 4654 Lostorf,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

gegen



St.Galler Gerichte

Interstaatliche Hochschule für Technik Buchs (NTB), Werdenbergstrasse 4,
9471 Buchs SG 1,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmlisbrunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

und

BS Automation AG, Felsenstrasse 24, 8808 Pfäffikon SZ,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Vergabe Neubau Labor 2 (Gebäudeautomation) / aufschiebende Wirkung

stellt der Präsident fest:

Die nicht anwaltlich vertretene Stesag AG, Lostorf (nachfolgend Gesuchstellerin) hat den vom Rektor der Interstaatlichen Hochschule für Technik Buchs (kurz NTB Buchs, nachfolgend Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 10. Oktober 2014 verfügt Zuschlag für die Erstellung der Gebäudeautomation im Neubau Labor 2 zum Preis von CHF 486'000 an die BS Automation AG, Pfäffikon (nachfolgend Beschwerdegegnerin), mit Beschwerde vom 16. Oktober 2014 fristgerecht angefochten mit dem Antrag, den Vergabeentscheid aufzuheben und die Vergabe neu zu beurteilen. Der Präsident des Verwaltungsgerichts erblickte in diesem Antrag sinngemäss auch ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 17. Oktober 2014 superprovisorisch den Abschluss des Vertrags. Gleichzeitig erhielten Vorinstanz und Beschwerdegegnerin Gelegenheit, sich zum sinngemässen Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu äussern. Die Beschwerdegegnerin hat sich nicht vernehmen lassen. Die Vorinstanz hat am 22. Oktober 2014 beim Verwaltungsgericht die Vergabeakten eingereicht und beantragt, der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu erteilen.



Der Präsident erwägt:

1. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.

1.1. Angefochten ist eine Verfügung des Rektors der NTB Buchs, die als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit konstituiert ist (Art. 1 Abs. 2 der Vereinbarung über die Hochschule für Technik Buchs vom 20. Juni 1968; sGS 234.111). Deren Träger – nämlich die Kantone St. Gallen und Graubünden sowie das Fürstentum Liechtenstein – regelten in der Vereinbarung vom 12. Januar 2011 die Finanzierung der Erneuerungsinvestitionen in Anlagen und Laborgeräte sowie in ein Laborgebäude (sGS 234.110.11). Dabei übertrugen sie in Art. 7 mit dem Randtitel "Verantwortlichkeit" Projektierung und Realisation des Laborgebäudes und die Bauherrenvertretung dem Baudepartement des Kantons St. Gallen. Bauherrin und Eigentümerin bleibt gemäss Art. 6 Abs. 1 aber die NTB Buchs. Mit Art. 7 ist dementsprechend keine Delegation der Zuständigkeit zur Eröffnung von Zuschlagsverfügungen an das kantonale Baudepartement verbunden. Der Vergabeentscheid fällt damit in die Zuständigkeit der Organe der NTB Buchs.

1.2. Nach Auffassung der Vorinstanz ist mangels Regelung in den Rechtsgrundlagen der NTB Buchs im Vergabeverfahren entsprechend Art. 8 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, abgekürzt IVöB) st. gallisches Recht anwendbar. Die Frage der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts lässt sie offen.

Die Gründungsvereinbarung der NTB Buchs setzt in Art. 19 f. eine Rekurskommission als Rechtsmittelinstanz ein. Diese beurteilt gemäss Art. 20 Abs. 1 Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des Hochschulrats, der seinerseits gemäss Art. 15 Abs. 3 Ingress und lit. k über Rekurse gegen Anordnungen unterer Organe der Hochschule, das heisst des Rektors (vgl. Art. 13 Ingress und lit. b in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1), entscheidet. Grundsätzlich führt dementsprechend der Rechtsmittelweg gegen Verfügungen des Rektors über den Hochschulrat an die Rekurskommission.

Zu prüfen ist, ob sich aus dem Recht zum öffentlichen Beschaffungswesen eine andere Zuständigkeit ergibt. Der Kanton St. Gallen ist mit Regierungsratsbeschluss



St.Galler Gerichte

vom 8. Oktober 2002 der IVöB beigetreten. Sie ist seit 1. Januar 2003 in Vollzug. Zunächst ist zu klären, ob die NTB Buchs in den Anwendungsbereich der IVöB fallen. Als Auftraggeber werden unter anderem gemäss Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. a IVöB Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene erfasst. Die NTB Buchs beruht auf einer "interstaatlichen" Vereinbarung, welche nebst den Kantonen St. Gallen und Graubünden auch das Fürstentum Liechtenstein umfasst. Welchem Recht die selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit untersteht, wurde in der Gründungsvereinbarung nicht ausdrücklich festgelegt (vgl. auch Botschaft des Regierungsrates des Kantons St. Gallen an den Grossen Rat über den Beitritt zur Vereinbarung über das Neu-Technikum Buchs vom 18. April 1967, in: ABI 1967 S. 560 ff., S. 562 f.). Als Sitz der Hochschule legten die Träger jedoch in Art. 1 Abs. 3 der Gründungsvereinbarung Buchs/SG fest. Daraus – und aus der Rechtswahl der Träger und der Organe der NTB Buchs zugunsten des st. gallischen Rechts (vgl. Art. 29 und 30 der Gründungsvereinbarung; Beschluss des Technikumsrates des Neu-Technikums Buchs betreffend anzuwendende Verfahrensvorschriften, sGS 234.12) – kann ohne Weiteres geschlossen werden, dass es sich bei der NTB Buchs um eine Einrichtung des st. gallischen öffentlichen Rechts handelt und sie – vorbehältlich besonderer Regelungen – st. gallischem Recht untersteht. Vergaberechtlich fällt sie deshalb in den Anwendungsbereich der IVöB.

Gemäss Art. 15 Abs. 1 IVöB ist gegen Verfügungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers die Beschwerde an eine unabhängige kantonale Instanz zulässig, welche endgültig entscheidet. Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998 (sGS 841.1, abgekürzt EGöB) bezeichnet das Verwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz. Die Regelung ist zeitlich jünger als die Gründungsvereinbarung der NTB Buchs aus dem Jahr 1968 und bezweckt als spezielleres Recht eine einheitliche kantonale Ordnung des Rechtsmittelverfahrens in Vergabeangelegenheiten (vgl. Grossratsbeschluss über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, Botschaft und Entwürfe der Regierung vom 12. August 1997, in: ABI 1997 S. 1892 ff., S. 1893). Deshalb ist es angebracht, für die Behandlung der Beschwerde gegen die



Zuschlagsverfügung der Vorinstanz auf die Zuständigkeit abzustellen, die das st. gallische Vergaberecht schafft.

Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung hat demnach gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entscheiden.

1.3. Die Vorinstanz bestreitet, dass aus den Anträgen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde vom 16. Oktober 2014 – Aufhebung und Neuurteilung des Vergabe-Entscheides, plausible und nachvollziehbare Gestaltung der Vergabekriterien – ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuleiten sei. Zwar seien Anträge in Laienbeschwerden einer Auslegung zugänglich. Die Beschwerdeführerin hätte aber zumindest zum Ausdruck bringen müssen, dass der Zuschlag ihr zu erteilen und sicherzustellen sei, dass sie den Vertrag erhalte. Selbst bei grosszügiger Auslegung zu Gunsten der Beschwerdeführerin finde sich in der gesamten Beschwerdeeingabe keinerlei Hinweis auf einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Bisher ging die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung davon aus, ein Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei ausdrücklich zu stellen (VerwGE B 2012/119 vom 23. August 2012 E. 1.3, www.gerichte.sg.ch). In der Literatur ist diese Auffassung kritisch kommentiert worden: Wer, zumindest dem Anschein nach, in verwaltungsprozessualen Belangen unbewandert ist und sinngemäss den Erhalt des Auftrags verlangt, würde, wenn diese Feinheit ihm bekannt wäre, zweifelsohne die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und separat auch noch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragen. In guten Treuen ausgelegt seien darum Anträge von Laien, die sinngemäss auf das Begehren nach Beauftragung hinauslaufen, als auch die aufschiebende Wirkung verlangend zu verstehen (zumal wenn sich der Beschwerdeschrift ansonsten nichts Gegenteiliges entnehmen lässt; vgl. M. Beyeler, Vergaberechtliche Urteile 2012-2013, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 602 f.; Nr. 304).

Die Beschwerdeführerin ist nicht rechtskundig vertreten. Wenn sie in der Begründung der Beschwerde vorbringt, sie habe das preisgünstigste Angebot eingereicht, der Preis



wirke sich aber in der konkreten Handhabung zu wenig aus, und zudem ihre Referenzliste erweitern will, macht sie klar, dass sie eine bessere Bewertung ihres Angebots und den Zuschlag anstrebt. Zudem fehlt ein Antrag auf Schadenersatz, aus welchem geschlossen werden könnte, die Beschwerdeführerin beschränke sich gegebenenfalls auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Zuschlags und auf Schadloshaltung entsprechend den rechtlichen Vorgaben. Unter Berücksichtigung der nachvollziehbaren Kritik in der Lehre erscheint deshalb der Antrag auf Aufhebung des Zuschlags und neue Vergabe unter plausibler und nachvollziehbarer Gestaltung der Vergabekriterien nur dann als sinnvoll, wenn damit auch geprüft wird, ob der Vertrag vorläufig nicht abgeschlossen werden darf.

2. Gemäss Art. 5 EGöB in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 IVöB kann die aufschiebende Wirkung – auf Gesuch oder von Amtes wegen - erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

2.1. Der Gesuchsteller äussert sich in seiner Begründung nicht zu den Interessen, welche der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstünden. Die Vorinstanz macht geltend, bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung verzögerten sich die Inbetriebnahme des geplanten Wärmepumpentestzentrums und die Qualifizierung der Reinräume erheblich. Planungs- und Ausführungsaufwand erhöhten sich durch längere und komplexere Bauausführung, was erhebliche Mehrkosten beziehungsweise Produktionsausfälle erwarten lasse.

Die ausgeschriebenen Arbeiten sind Teil des Innenausbaus eines komplexen Bauvorhabens mit vor- und insbesondere nachgelagerten Arbeiten. Deshalb kommt der Einhaltung der Termine der einzelnen Teilarbeiten für die zeitlich zuverlässige Planbarkeit der Erstellung innert absehbarer Frist ein grosses Gewicht zu. Da bei der Realisation eines solchen Projekts regelmässig nicht alle Teilarbeiten vor Baubeginn vergeben werden, sondern vielmehr ein "rollendes" Vorgehen nach Baufortschritt zweckmässig ist, kann der Vorinstanz auch nicht entgegen gehalten werden, sie habe einem möglichen Rechtsmittelverfahren zu wenig Gewicht beigemessen.



Auch wenn die Vorinstanz die drohenden Zusatzkosten bei einer Verzögerung nicht quantifiziert, wiegt das gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung stehende private Interesse der weiteren am Bau beteiligten Unternehmer an der zeitlichen Planbarkeit ihrer Arbeiten und das öffentliche Interesse an der Fertigstellung des Gebäudes innert absehbarer Frist – insbesondere auch mit Blick auf den Grundsatz von Art. 17 Abs. 1 IVöB, welcher der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung einräumt – beträchtlich. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerde nicht als ausreichend begründet erscheint.

2.2. / 2.2.1. Die Eingabesumme des Angebots der Beschwerdeführerin betrug CHF 322'152 brutto. Die Vergabebehörde hat die Positionen Ziffer 1.1 (Managementebene) um CHF 7'800 (CHF 6'000 Signalaustausch MA mit GA, CHF 1'800 OPC-Server; Ziffer 1.2.5 und 1.2.6 des Leistungsverzeichnisses S. 6 und 8; act. 7/5) und Ziffer 5.1 (Automationsstation /SGK Reinraum) um CHF 43'200 (Briem Mess- und Anzeigegeräte; Ziffer 5.1.4 des Leistungsverzeichnisses S. 26; act. 7/5) erhöht. Nach Berücksichtigung von zwei Prozent Rabatt, einem Prozent allgemeiner Bauabzüge und einem Abzug von CHF 200 für Baureklame sowie der Mehrwertsteuer von einem Angebotspreis von CHF 390'778.70 aus. Die Beschwerdeführerin beanstandet diese Anpassungen nicht.

2.2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Differenz zwischen dem tiefsten – CHF 390'779 - und dem höchsten – CHF 723'956 - Angebot betrage 12,6 Punkte. Darin komme ein nur noch minimaler Einfluss des Preises zum Ausdruck. Da kein Anbieter 100 Punkte erreichen könne, werde der Preis in der Gewichtung zusätzlich abgewertet. Damit macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, die Preisdifferenz zwischen den Angeboten falle zu wenig ins Gewicht.

Jedes Preisbewertungssystem muss dafür sorgen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums bei der konkreten Benotung auch tatsächlich zum Tragen kommt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt. Die Abstufung in der Benotung teurerer Objekte darf also nicht so gewählt werden, dass sich die Preisunterschiede nicht oder nur wenig auswirken würden, weil damit das Preiskriterium praktisch selbst dann umgangen würde, wenn ihm bei der Gesamtgewichtung der Kriterien ein hohes



St.Galler Gerichte

Gewicht zugemessen wurde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 896 und 898).

Die eingereichten Angebote wiesen bereinigte Eingabesummen netto inklusive Mehrwertsteuer zwischen CHF 390'778.70 (Beschwerdeführerin) und CHF 723'955.81 auf. Die Eingabesumme des berücksichtigten Angebots der Beschwerdegegnerin beträgt pauschal CHF 486'000 (act. 7/6). Gemäss Bewertungsmatrix vom 25. August 2014 wurde der Preis mit 60 von 100 Punkten bewertet. In der Vernehmlassung gibt die Bauherrenvertretung bekannt, der Angebotspreis sei nach der Formel "60 x tiefster Offertpreis / Offertpreis des Angebots" bewertet worden. Dies führte zu einer Bewertung des bereinigten tiefsten Angebots der Beschwerdeführerin mit 60 Punkten und des mehr als doppelt so teuren teuersten Angebots mit immer noch 32,4 Punkten.

Die von der Vorinstanz gewählte – von ihr zwar als "gängig" bezeichnete - Preiskurve geht von einer unrealistisch breiten Preisspanne aus. Mit der tiefsten Punktzahl, das heisst mit einem von sechzig Punkten würde ein Angebot mit einem Preis von über 23 Millionen Franken (60 x tiefstes Angebot) bewertet. Die Preiskurve verläuft dementsprechend flach. Das Kriterium des Preises wurde mit 60 Prozent zwar ausreichend gewichtet (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 879 f.), jedoch wirken sich die Preisdifferenzen nur wenig aus. Umso mehr als die Gesuchsgegnerin zusammen mit der Ausschreibung keine Preiskurve bekannt gab, hätte sie sich bei deren Festlegung an die Preisspanne der eingereichten Angebote halten können (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 901). Dann wäre das teuerste Angebot mit CHF 723'955.81 leer ausgegangen. Die Differenz zum billigsten Angebot mit CHF 390'778.70, das heisst CHF 333'177.11, hätte sich auf 60 Punkte verteilt, was rund CHF 5'553 pro Punkt ausgemacht hätte. Das hätte für die Beschwerdegegnerin zu einer Bewertung ihres Angebots von CHF 486'000 mit 42,85 Punkten (Abzug von 17,15 Punkten, nämlich $[\text{CHF } 486'000 - \text{CHF } 390'778.70] : \text{CHF } 5'553$) statt mit 48,2 Punkten geführt. Selbst diese an den tatsächlichen Preisen der Angebote ausgerichtete Preiskurve würde indessen bei unveränderter Bewertung der übrigen Kriterien nichts daran ändern, dass das Angebot der Beschwerdeführerin weniger Punkte, nämlich 80 (75 gemäss Bewertungsmatrix plus 5 Punkte für die Referenzen gemäss Vernehmlassung der Vorinstanz), als jenes der Beschwerdegegnerin, nämlich 82,8, erzielt.



2.3. Die ungleiche Gewichtung der Kriterien Referenzen (25 Punkte) und Qualität (15 Punkte) widerspricht der Ausschreibung, in welcher sie nach dem Preis als gleichrangig unter Ziffer 2 erscheinen. Auch in der Bewertungsmatrix (act. 7/6) werden sie trotz unterschiedlicher Gewichtung im gleichen Rang angeführt. Zutreffend wäre es deshalb, beide Kriterien mit je 20 Punkten zu gewichten. Das hätte allerdings zur Folge, dass die Beschwerdegegnerin hier nach wie vor das Punktemaximum erzielen würde, während die Beschwerdeführerin bei den Referenzen drei Fünftel – der Abzug von zwei Fünfteln erfolgt mangels Reinraum-Referenzen – der Punkte, nämlich 12, und bei der Qualität einen Drittel der Punkte, nämlich 6,7, zusammen 18,7 – statt 20 – erreichen, also schlechter fahren würde.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde insbesondere mit Blick auf die erheblichen öffentlichen und privaten Interessen an der Einhaltung des Terminplans nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch, es sei ihr die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist deshalb abzuweisen.

4. Die Vorinstanz, soweit sie dies nicht bereits getan hat, und die Beschwerdegegnerin sind einzuladen, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 7. November 2014 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenützter Frist Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen wird.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten dieser Verfügung von CHF 1'000 der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP; Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98 und Art. 98bis VRP).

verfügt:

1./ Das Gesuch, es sei der Beschwerde im Verfahren B 2014/210 die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgewiesen.

2./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, **bis 7. November 2014** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.

3./ Die Kosten dieser Verfügung von CHF 1'000 bezahlt die Gesuchstellerin.



4./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

VERWALTUNGSGERICHT

des Kantons St. Gallen

Der Präsident:

lic. iur. Beda Eugster