



Fall-Nr.: B 2014/210
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 28.04.2015
Entscheiddatum: 28.04.2015

Entscheid Verwaltungsgericht, 28.04.2015

Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 18 Abs. 2 IVöB. Auf die Beschwerde eines nicht berücksichtigten Bewerbers ist nur einzutreten, wenn er ein eigenes schutzwürdiges Interesse geltend macht, das heisst, sich nicht bloss in allgemeiner Weise auf die richtige Handhabung der Regeln des Beschaffungsrechts beruft und eine reelle Chance auf einen Zuschlag bestanden hätte (Verwaltungsgericht, B 2014/210). Entscheid vom 28. April 2015

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Heer, Rufener, Bietenharder; Ersatzrichterin Gmünder Perrig; Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Stesag AG, Güterstrasse 1, 4654 Lostorf,

Beschwerdeführerin,

gegen

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

Vorinstanz,

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



und

BS Automation AG, Felsenstrasse 24, 8808 Pfäffikon SZ,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Neubau Labor 2 (Gebäudeautomation)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Die Interstaatliche Hochschule für Technik Buchs (NTB) schrieb am 7. Juli 2014 die Erstellung der Gebäudeautomation im Neubau Labor 2 im offenen Verfahren aus (ABI 2014 S. 1797/1798). Für die Eignungs- und Zuschlagskriterien wurde auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Teil 3 der besonderen Bestimmungen betraf die speziellen Bedingungen für Reinnräume. Im Formular Eignungsprüfung wurde nach drei, maximal fünf Jahre alten "vergleichbaren" Referenzen gefragt; in den ergänzenden Festlegungen wurden als Zuschlagskriterien unter Ziffer 1 der Preis und unter Ziffer 2 Referenzen/Qualität genannt. Die Ausschreibung wurde unangefochten rechtskräftig.

Am 11. August 2014 lagen die Bewerbungen von neun Anbietern vor. Bei der Bewertung der Angebote wurden der Preis mit 60 Prozent (oder 60 von 100 Punkten), die Referenzen (Vollständigkeit) mit 25 Prozent (oder 25 von 100 Punkten) und die Qualität (Systemwahl) mit 15 Prozent (oder 15 von 100 Punkten) gewichtet (act. 7/6). Die Preiskurve richtete sich nach der Formel $[60 \times \text{tiefster Offertpreis} / \text{Offertpreis des Angebots}]$. Das Angebot der Stesag AG zum – revidierten – billigsten Preis von CHF 390'778.70 erreichte mit 75 Punkten (Preis 60 Punkte, Referenzen 10 Punkte, Qualität 5 Punkte) der maximal erzielbaren 100 Punkte den sechsten Rang. Der Rektor der NTB vergab die Arbeiten am 10. Oktober 2014 zum Preis von CHF 486'000 an die BS Automation AG, deren Angebot 88,2 Punkte (Preis 48,2 Punkte, Referenzen 25 Punkte, Qualität 15 Punkte) erzielt hatte.

B. Die Stesag AG (Beschwerdeführerin) erhob mit Eingabe vom 16. Oktober 2014 gegen die Zuschlagsverfügung des Rektors der NTB (Vorinstanz) vom 10.



Oktober 2014 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, der Vergabe-Entscheid sei aufzuheben und neu zu beurteilen und die Vergabekriterien plausibel und nachvollziehbar zu gestalten. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2014 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Die amtlichen Kosten der Verfügung von CHF 1'000 wurden der Beschwerdeführerin auferlegt. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 22. Oktober 2014 die Abweisung der Beschwerde und teilte am 12. November 2014 mit, der Vertrag sei mit der BS Automation AG abgeschlossen worden. Die BS Automation AG (Beschwerdegegnerin) verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Bewerberin ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Dass der Vertrag mit der Beschwerdegegnerin mittlerweile abgeschlossen ist, schliesst die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin nicht aus, da ihr der Anspruch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Zuschlags verbleibt, sollte sich ihre Beschwerde als begründet erweisen (vgl. Art. 18 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB; BGE 132 I 86 E. 3.2). Die Beschwerdebefugnis setzt jedoch ein eigenes schutzwürdiges Interesse voraus; insbesondere reicht es nicht aus, sich in allgemeiner Weise auf die richtige Handhabung der Regeln des Beschaffungsrechts zu berufen und lediglich die Aufhebung des – behaupteterweise – rechtswidrigen Zuschlags anzustreben (dazu nachfolgend Erwägung 2). Darüber hinaus ist auch zu prüfen, ob eine reelle Chance auf einen Zuschlag an die Beschwerdeführerin bestanden hätte (vgl. BGer 2C_380/2014 vom 15. September 2014 E. 4.4 und 4.6 mit Hinweisen; dazu nachfolgend Erwägung 3).



2. Der Präsident des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin teilte dem Präsidenten des Verwaltungsgerichts am 29. Oktober 2014 telefonisch mit, er habe nicht den Antrag gestellt, es sei der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen, sondern einfach eine Überprüfung der ganzen Vergabe gewollt (act. 10). Damit macht die Beschwerdeführerin kein eigenes schutzwürdiges Interesse geltend, so dass auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

Nicht eingetreten werden kann auch auf den Antrag der Beschwerdeführerin, die Vergabekriterien seien plausibel und nachvollziehbar zu gestalten. Soweit sie die Vergabekriterien und deren Gewichtung beanstanden will, hätte sie diese Rügen gegen die mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen, aus denen die Details zur Eignungsprüfung und insbesondere zur technischen Leistungsfähigkeit (Formular Eignungsprüfung: drei vergleichbare Referenzen, maximal fünf Jahre alt) sowie die Zuschlagskriterien (ergänzende Festlegungen zur Submission, Zuschlagskriterien Preis und Referenzen/Qualität) ersichtlich wurden, erheben müssen (vgl. VerwGE B 2014/195 vom 17. Dezember 2014 E. 2.2, www.gerichte.sg.ch, mit Hinweisen auf VerwGer ZH VB. 2012.00657 vom 13. März 2013 E. 4.2.2, www.vgr.zh.ch; Galli/Moser/ Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 389 und 1255).

3. Selbst wenn die Beschwerdeführerin an der Feststellung, der Zuschlag wäre ihr zu erteilen gewesen, interessiert wäre, könnte auf die Beschwerde mangels entsprechender reeller Chance nicht eingetreten werden.

Das Angebot der Beschwerdeführerin erzielte bei einem möglichen Maximum von 100 Punkten mit 75 Punkten 13,2 Punkte weniger als jenes der Beschwerdegegnerin mit 88,2 Punkten. Beim Kriterium des Preises, bei dem entsprechend seiner nicht beanstandeten Gewichtung von 60 Prozent maximal 60 von insgesamt 100 Punkten erzielt werden konnten, wurde das Angebot der Beschwerdeführerin (CHF 390'778.70) mit dem Maximum von 60 Punkten, das um rund ein Viertel teureres Angebot der Beschwerdegegnerin (CHF 486'000) noch mit 48,2 Punkten bewertet. Die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, ihr Nettopreis von CHF 390'778 sei mit 75 Punkten und jener der Beschwerdegegnerin von CHF 723'955 mit 62,4 Punkten bewertet worden, so dass kein Anbieter 100 Punkte erreichen könne, trifft deshalb



St.Galler Gerichte

nicht zu; vielmehr bezieht sich die Beschwerdeführerin hier auf die von den beiden Angeboten erzielten Gesamtpunktzahlen. Insoweit ist die Begründung der Beschwerdeführerin nicht geeignet, eine reelle Chance auf einen Zuschlag glaubhaft zu machen.

Das Kriterium des Preises wurde nach der Formel [maximale Punktzahl x tiefster Preis / Preis des Angebots] bewertet. Die Preiskurve, die sich aus dieser Formel ergibt, begünstigt aufgrund ihres degressiven Verlaufs teure Angebote. So erzielte das um rund 85 Prozent höhere, teuerste Angebot noch mehr als die Hälfte der für das Preiskriterium maximal zu vergebenden Punkte, nämlich 32,4 von 60 Punkten. Bei einer Preiskurve, welcher mit der Formel [maximale Punktzahl x {Preis_{max.} – Preis_{Angebot}} : {Preis_{max.} – Preis_{min.}}] die Preisspanne der eingereichten Angebote zugrunde liegt, wäre das Angebot der Beschwerdegegnerin beim Kriterium des Preises noch mit 42,8 Punkten zu bewerten gewesen. Der Vorsprung in der Gesamtbewertung gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerin hätte sich damit um 5,4 Punkte (48,2 – 42,8 Punkte) auf 7,8 Punkte reduziert. Selbst wenn der Verlauf der von der Vorinstanz gewählten Preiskurve vor allem bei teuren Angeboten dem Gewicht des Preiskriteriums nicht ausreichend Rechnung trägt, vermöchte auch die Anwendung einer auf der tatsächlichen Preisspanne beruhenden Preiskurve noch nicht zum Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu führen.

Bei den Kriterien Referenzen und Qualität konnten maximal 25 beziehungsweise 15 Punkte erzielt werden. Das Angebot der Beschwerdegegnerin wurde bei beiden Kriterien mit dem Punktemaximum bewertet. Für die Beschwerdeführerin ist diese Bewertung nicht nachvollziehbar, da die Beschwerdegegnerin bei Eingabe des Angebots etwa acht Monate alt gewesen sei. In dieser Zeit hätten keine vergleichbaren Projekte umgesetzt werden können. Zwar trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin erst seit 28. November 2013 im Handelsregister eingetragen ist. Die Erfahrung einer Unternehmung – wie sie mit den Kriterien Referenzen und Qualität erfasst werden soll – ergibt sich indessen – worauf die Vorinstanz bereits zu Recht hingewiesen hat – offensichtlich nicht aus dem Datum der Firmengründung. Diese gibt lediglich Aufschluss über formell-rechtliche Gesichtspunkte. Wie lange eine Unternehmung beziehungsweise ihre Mitarbeiter in einem bestimmten Gebiet tatsächlich tätig sind, lässt sich aufgrund eines Handelsregistereintrags nur vermuten (vgl. Urteil des



Verwaltungsgerichts Zürich VB.2010.00568 vom 12. Januar 2011 E. 3.1 und 3.2, www.vgr.zh.ch; Beyeler/Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 65 ff., Rz. 106). Was die organisatorische Leistungsfähigkeit einer Unternehmung anbelangt, ist zu berücksichtigen, dass auch in Unternehmen, die seit längerer Zeit in der gleichen Rechtsform bestehen, Betriebsstrukturen und -abläufe sich gewandelt haben können. Auch bei diesen Unternehmen beruht die Prüfung ihrer organisatorischen Eignung auf einer Momentaufnahme im Zeitpunkt der Einreichung des Angebots. Was die Beurteilung der personellen Leistungsfähigkeit anbelangt, verstösst es schliesslich nicht gegen vergaberechtliche Grundsätze, wenn auf die Referenzen der Schlüsselpersonen abgestellt wird, auch wenn sie erst – wie dies bei der Beschwerdegegnerin der Fall ist – seit acht Monaten in der aktuellen Organisationsstruktur tätig sind. Dass das Angebot der Beschwerdegegnerin hinsichtlich Referenzen und Qualität mit dem Punktemaximum bewertet wurde, ist jedenfalls nicht mit dem Hinweis auf die Eintragung des Unternehmens im Handelsregister acht Monate vor der Einreichung des Angebots zu beanstanden. Die Bewertung mit dem Punktemaximum ist zudem mit Blick auf die umfangreiche Referenzliste, die auch Erfahrung in Projekten mit Reinräumen umfasst (act. 7/4 persönliche Referenzen Gebäudeautomation Ernst Späni), und die Wahl eines Systems mit gesicherter Systemintegration nachvollziehbar. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin ist damit nicht geeignet, ihre Chancen für einen Zuschlag reell zu verbessern.

Das Angebot der Beschwerdeführerin erzielte bei den Kriterien Referenzen und Qualität zehn (von 25, entsprechend 40 Prozent) beziehungsweise fünf (von 15, entsprechend 33,35 Prozent) Punkte, zusammen 15 (von 40) Punkte. Die Vorinstanz hat die Bewertung mit dem Punktemaximum beim Kriterium Referenzen davon abhängig gemacht, dass auch Projekte mit Reinräumen realisiert wurden. Ohne Erfahrung mit Reinräumen reduzierte sich die erreichbare Punktezahl auf 60 Prozent des Maximums, das heisst auf 15 von 25 Punkten. Die Vorinstanz hat im Formular Eignungsprüfung im Zusammenhang mit der technischen Leistungsfähigkeit nach drei, höchstens fünf Jahre alten "vergleichbaren" Referenzen gefragt. Aus Teil 3 der Besonderen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen war ersichtlich, dass die Ausschreibung auch die Erstellung der Gebäudeautomation für einen Reinraum betraf. Auch wenn bei den



Referenzobjekten nicht ausdrücklich nach der Erfahrung mit Reinräumen gefragt wurde, war doch aus dem Gesamtzusammenhang zu schliessen, dass als vergleichbar insbesondere Objekte mit Reinräumen gelten würden. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Offerte – wie gefordert – drei Referenzen, jedoch keine im Reinraumbau angegeben. In der Beschwerde macht sie geltend, sie könnte die Referenzliste noch mit Steuerungen für Operationssäle in Spitälern erweitern, wo Reinraumtechnik im höchsten Mass gefordert werde. Abgesehen davon, dass die Vergabebehörde weder verpflichtet noch berechtigt ist, einzelne Anbieter nachträglich die Möglichkeit zu geben, ihre Offerte nachzubessern, konkretisiert die Beschwerdeführerin auch im Beschwerdeverfahren die behaupteten Referenzen nicht. Die Bewertung der Referenzen mit 60 Prozent des Maximums – die Vorinstanz hat irrtümlich eine Bewertung mit 40 Prozent des Maximums vorgenommen – liegt im Ermessen der Vergabebehörde. Die Vorinstanz hat das Angebot der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Qualität mit der Begründung, für das von ihr angebotene System gebe es kaum Systemintegratoren in der Schweiz, mit einem Drittel der maximalen Punkte bewertet. Diese nachvollziehbare Bewertung der Qualität ihres Angebots beanstandet die Beschwerdeführerin nicht.

Bei der Festlegung der Punktzahlen bleibt indessen zu berücksichtigen, dass bei einer – sich aus der Ausschreibung ergebenden (Präsidialverfügung vom 27. Oktober 2014) – gleichen Gewichtung von Referenzen und Qualität mit je maximal 20 Punkten und unter Berücksichtigung des von der Vorinstanz eingestandenen Irrtums bei der Bewertung der Referenzen das Angebot der Beschwerdeführerin mit 12 Punkten für die Referenzen (60 Prozent von 20) und 6,7 Punkten für die Qualität (33,35 Prozent von 20), zusammen mit 18,7 Punkten (statt mit 20), zu bewerten wäre. Der Rückstand gegenüber der Beschwerdegegnerin würde sich damit um 2,3 Punkte erhöhen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass unter Berücksichtigung der Mängel, unter denen die Bewertung der Angebote leidet, die Beschwerdeführerin zwar mit ihrer Offerte eine Gesamtpunktzahl von 78,8 (60 Punkte Preis, 12 Punkte Referenzen, 6,8 Punkte Qualität) erreichen würde, das Angebot der Beschwerdegegnerin jedoch immer noch höher, nämlich mit 82,8 Punkten (42,8 Punkte Preis, 20 Punkte Referenzen, 20 Punkte Qualität) zu bewerten wäre. Im Übrigen würde auch das zweitplatzierte Angebot eine bessere Punktzahl erreichen, nämlich 80,1 Punkte (49,4 Punkte Preis, 20 Punkte



Referenzen, 10,7 Punkte Qualität). Da die Beschwerdeführerin damit auch keine reelle Chance auf einen Zuschlag hat, könnte auf ihre Beschwerde – selbst wenn sie nicht bloss in allgemeiner Weise eine Überprüfung des Vergabeverfahrens anstreben würde – mangels eigenen schutzwürdigen Interesses nicht eingetreten werden.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens – das Nichteintreten mangels Beschwerdebefugnis kommt einer Abweisung der Beschwerde gleich – bezahlt die Beschwerdeführerin die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für den Beschwerdeentscheid von CHF 2'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 4'800 zu verrechnen. Ebenfalls mit dem Kostenvorschuss zu verrechnen ist die Gebühr von CHF 1'000, welche der Beschwerdeführerin für die Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2014 auferlegt wurde. CHF 1'800 sind ihr zurückzuerstatten. Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Weder die Beschwerdegegnerin – sie hat sich am Beschwerdeverfahren überhaupt nicht beteiligt – noch die Vorinstanz – die im Übrigen nicht anwaltlich vertreten war – haben einen entsprechenden Antrag gestellt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 3'000 – darin eingeschlossen die Kosten der Präsidialverfügung vom 27. Oktober 2014 von CHF 1'000 – unter teilweiser Verrechnung ihres Kostenvorschusses von CHF 4'800. CHF 1'800 werden ihr zurückerstattet.

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer