



Fall-Nr.: B 2014/211
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 12.02.2020
Entscheiddatum: 31.10.2014

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 31.10.2014

**Öffentliches Beschaffungswesen; vgl. Leitsatz zu B 2014/210.
(Verwaltungsgericht, Präsidentialverfügung, B 2014/211).**

Verfügung vom 31. Oktober 2014

In Sachen

HCS Controls AG, Aspstrasse 15, 8472 Seuzach,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

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 HCS Controls AG, Seuzach (nachfolgend Gesuchstellerin) hat den vom Rektor der Interstaatlichen Hochschule für Technik Buchs (kurz NTB Buchs, nachfolgend Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 10. Oktober 2014 verfügten 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 20. Oktober 2014 fristgerecht angefochten und unter anderem beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Der Präsident des Verwaltungsgerichts hatte der Vorinstanz bereits am 17. Oktober 2014 (B 2014/210) im Zusammenhang mit einer hängigen Beschwerde gegen den Zuschlag den Abschluss des Vertrags superprovisorisch untersagt. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. Oktober 2014 erhielten Vorinstanz und Beschwerdegegnerin Gelegenheit, sich zum Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu äussern. Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen. Die Vorinstanz, welche die Vergabeakten bereits am 22. Oktober 2014 beim Verwaltungsgericht eingereicht hatte, beantragte am 27. Oktober 2014, das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen.

Der Präsident erwägt:

1. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Hinsichtlich der Zuständigkeit des Rektors der NTB Buchs zum Erlass der Zuschlagsverfügung und des Verwaltungsgerichts zur Behandlung der dagegen erhobenen Beschwerde kann auf die Erwägungen 1.1 und 1.2 in der Verfügung vom 27. Oktober 2014 zur aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren B 2014/210 verwiesen werden. Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung hat 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.

2. Gemäss Art. 5 EGöB in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 IVöB kann die aufschiebende Wirkung 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. Die Gesuchstellerin erkennt keine besondere Dringlichkeit des Vertragsabschlusses. Das Bauprogramm weise hinreichende Reserven auf, um eine beschwerdebedingte Verzögerung aufzufangen. Eine Verzögerung der Bauvollendung hätte die Vorinstanz aufgrund der reichlich späten Ausschreibung vorab sich selber zuzuschreiben. Das zuständige Planungsbüro habe die Offerten bereits am 25. August 2014 beurteilt. Die Vorinstanz macht geltend, bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung verzögerten sich die Inbetriebnahme des geplanten Wärmepumpentestzentrums und die Qualifizierung der Reinnräume 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 und sich zu den Gründen, aus denen zwischen der Beurteilung der Angebote und dem Zuschlag rund sieben Wochen verstrichen, nicht äussert, 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 Beschwerdeführerin beanstandet die Preisbewertung. Sie geht davon aus, das billigste Angebot sei wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen worden und deshalb bei der Bestimmung der Preisspanne nicht zu berücksichtigen. Bei einer Preisdifferenz zwischen den beiden in Frage stehenden Angeboten von CHF 36'000 sei kaum nachvollziehbar, wie ein geringfügiger Rückstand beim Kriterium Qualität, das lediglich mit 15 Prozent gewichtet wurde, den Preisvorteil kompensieren könnte. Die Vorinstanz macht geltend, sie habe die Preise anhand einer gängigen Formel bewertet. Das billigste Angebot sei trotz Unvollständigkeit nicht ausgeschlossen worden, nachdem es für die Erteilung des Zuschlags nicht in Frage gekommen sei. Selbst wenn es aber bei der Bewertung des Preises nicht berücksichtigt worden wäre, hätte die Beschwerdeführerin den Rückstand auf die Beschwerdegegnerin nicht aufholen können.

Jedes Preisbewertungssystem muss dafür sorgen, dass das vorgesehene 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 Gewicht zugemessen wurde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 896 und 898).

Die eingereichten Angebote weisen bereinigte Eingabesummen netto inklusive Mehrwertsteuer zwischen CHF 390'778.70 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 (act. 7/6 im Verfahren B 2014/210) 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 mit 60 Punkten und des etwas weniger als doppelt so teuren teuersten Angebots mit immer noch 32,4 Punkten.



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. Die von der Vorinstanz gewählte Preiskurve geht von einer unrealistischen 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 zwar nicht linear, sondern degressiv, das heisst je näher ein Preis beim tiefsten Angebot liegt, umso mehr wirkt sich die Differenz bei der Benotung aus. Ein im Vergleich mit dem billigsten doppelt so teures Angebot erzielt allerdings noch die Hälfte, ein dreifach so teures noch einen Drittel und ein vierfach so teures noch einen Viertel der für den Preis maximal erzielbaren Punkte. Die von der Vorinstanz als gängig bezeichnete Formel wurde deshalb in der Lehre und in der Rechtsprechung kritisiert (vgl. BGE 129 I 313 = Pra 93/2004 Nr. 64, E. 9.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 908 je mit Hinweisen).

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). Bei einem für die Beschwerdeführerin sich günstig auswirkenden Ausschluss des billigsten Angebots wäre von einer Preisspanne von CHF 275'129.16 (CHF 723'955.81 – CHF 448'826.65 [zweitbilligstes Angebot]), entsprechend CHF 4'585.50 pro Punkt, auszugehen, so dass bei der Preisbewertung das Angebot der Beschwerdeführerin mit 59,8 und das Angebot der Beschwerdegegnerin mit 51,9 Punkten zu bewerten wäre.

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 werden sie trotz unterschiedlicher Gewichtung im gleichen Rang angeführt. Zutreffend wäre es deshalb, beide Kriterien mit je 20 Punkten zu gewichten.

2.3.1. Die Beschwerdeführerin bezweifelt, dass die Referenzen der erst seit Dezember 2013 tätigen Beschwerdegegnerin mit der vollen Punktzahl bewertet werden dürfen. Die Vorinstanz macht geltend, dem Projektleiter seien die von der Beschwerdegegnerin angegebenen speziellen Referenzen im Reinraum- und Laborbau



bekannt gewesen. Weil er gewusst habe, dass sie nicht älter als fünf Jahre seien, habe er auf die Einholung von Auskünften verzichten können.

Zwar trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin erst am 28. November 2013 ins Handelsregister eingetragen wurde. Indessen beziehen sich ihre Referenzen auf zwei namentlich genannte Schlüsselpersonen, die als einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsräte der Beschwerdegegnerin auftreten (act. 7/4 im Verfahren B 2014/210). Wenn sich Schlüsselpersonen betrieblich mit einer neuen Rechtsform organisieren oder zusammenschliessen, ändert dies nichts daran, dass ihnen und damit ihrer gegebenenfalls neu gegründeten Gesellschaft die Erfahrungen aus den genannten Referenzobjekten zugerechnet werden können. Unter diesen Umständen ist es jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin beim Kriterium der Referenzen die volle Punktzahl erhalten hat.

Bei der weiteren Beurteilung ist deshalb davon auszugehen, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin für das Kriterium der Referenzen 20 Punkte erhalten.

2.3.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Bewertung ihres Angebots beim Kriterium Qualität mit acht von 15 Punkten, das heisst mit 53,3 Prozent der maximalen Punktzahl. Sie macht geltend, ihr System (Trend) stamme wie das von der Beschwerdegegnerin offerierte und von der Vorinstanz offenbar bevorzugte (SAIA) vom Mutterhaus Honeywell. SAIA möge in der Schweiz etwas verbreiteter sein, doch sei Trend mindestens ebenbürtig und habe sich in zahlreichen, auch weit komplexeren Umgebungen bewährt. Insbesondere gelte dies auch bezüglich Systemintegration. Beide Systeme hätten standardisierte Schnittstellen und könnten nachgerüstet werden. Die Anlagensoftware werde bei beiden Systemen über FUPLA erstellt. Trend weise Vorteile auf, da es zu 100 Prozent online, also im vollen Betrieb programmiert und parametrierbar werden könne, ohne dass Unterbrüche beim Abspeichern oder Herunterschreiben der Software auf der Anlage entstünden. Besonders bei Reinräumen, wo nach einem Unterbruch wegen der gestörten Druckverhältnisse eine neue Sterilisation notwendig sei, sei dieser Punkt ein entscheidender Vorteil. Zweifel, dass die Beschwerdeführerin das System nicht langfristig betreuen könne, seien unbegründet, weil sowohl sie als auch das System Trend etabliert seien. Abgesehen



davon beständen in der Schweiz etwa 120 realisierte Anlagen, so dass die Betreuung mit Sicherheit auch von einer anderen Firma, allenfalls auch aus dem süddeutschen Raum, wo mehrere Trend Systemintegratoren tätig seien, übernommen werden könnte. Die grössere Verbreitung von SAIA vermöge die grosse Differenz bei der Bewertung der Qualität nicht zu rechtfertigen.

Die Vorinstanz hat nebst Angeboten, die SAIA offerierten, auch solche, die mit Systemen von Vago, Siemens und Beckhoff arbeiten, bei der Qualität mit der vollen Punktzahl benotet. Umgekehrt haben nicht alle Anbieter mit SAIA bei der Qualität die volle Punktzahl erzielt (vgl. act 7/6 im Verfahren B 2014/210). Insoweit erweist sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin, das System SAIA habe quasi die Funktion eines Eignungskriteriums erhalten, als unbegründet. Im Übrigen liegt die Beurteilung der verschiedenen Systeme im technischen Ermessen der Vergabebehörde. Dass die Vorinstanz dabei insbesondere auf die Zahl der Systemintegratoren und auf das Ergebnis einer Marktstudie aus dem Jahr 2012, in welchem das System Trend bei der Frage nach den eingesetzten Produkte-Familien nicht erwähnt wird, abstellte (act. 7/3 Seite 10), ist jedenfalls bei einer summarischen Prüfung sachlich nachvollziehbar.

Unter Berücksichtigung der Gleichwertigkeit von Referenzen und Qualität ist von einer Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin für das Kriterium der Qualität mit 20 Punkten und des Angebots der Beschwerdeführerin mit 10,6 Punkten (53,3 Prozent des Punktemaximums) auszugehen.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde insbesondere mit Blick auf die erheblichen öffentlichen und privaten Interessen an der Einhaltung des Terminplans nicht als ausreichend begründet. Die bei einer summarischen Prüfung angezeigten Korrekturen – Preisbewertung, gleiche Gewichtung von Referenzen und Qualität - hätten nicht zur Folge, dass das Angebot der Beschwerdeführerin mehr Punkte als jenes der Beschwerdegegnerin erzielen würde. Die Beschwerdeführer käme auf 90,4 Punkte (Preis 59,8; Referenzen 20; Qualität 10,6), die Beschwerdegegnerin auf 91,9 Punkte (Preis 51,9; Referenzen 20; Qualität 20). Das Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei ihrer Beschwerde 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 11. November 2014 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenützter Frist Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen wird. Die Beschwerdegegnerin wird zudem ersucht, sich zum Begehren der Beschwerdeführerin um volle Akteneinsicht zu äussern; nach unbenützter Frist wird Zustimmung angenommen.

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). Sie sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 4'800 zu verrechnen. CHF 3'800 bleiben bei der Hauptsache. Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98 und Art. 98bis VRP).

Demnach wird verfügt:

1./ Das Gesuch, es sei der Beschwerde im Verfahren B 2014/211 die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgewiesen.

2./

2.1/ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, innert nicht erstreckbarer Frist **bis 11. November 2014** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.

2.2/ Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, sich innert gleicher Frist zum Gesuch der Beschwerdeführerin um volle Akteneinsicht zu äussern. Nach unbenützter Frist wird Zustimmung zum Gesuch angenommen.

3./ Die Kosten dieser Verfügung von CHF 1'000 bezahlt die Gesuchstellerin unter Verrechnung mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 4'800. CHF 3'800 bleiben bei der Hauptsache.

4./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.



VERWALTUNGSGERICHT

des Kantons St. Gallen

Der Präsident:

lic. iur. Beda Eugster