



Fall-Nr.: B 2015/22
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.02.2020
Entscheiddatum: 19.02.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 19.02.2015

Öffentliches Beschaffungsrecht, aufschiebende Wirkung; Art. 12 und 31 VöB. Im Angebot der Beschwerdeführerin waren irrtümlicherweise vom Pflichtenheft abweichende Masse angegeben. Dass es sich dabei möglicherweise um ein Versehen handelte, war für die Vergabebehörde aus der mit den Massangaben nicht vereinbaren Flächenangaben erkennbar. Unter diesen Umständen ist nicht ausgeschlossen, dass die Vergabebehörde zu einer klärenden Nachfrage verpflichtet gewesen wäre und die Beschwerdeführerin nicht vom Verfahren hätte ausschliessen dürfen. Abgesehen davon stimmt auch eine Massangabe im Angebot der berücksichtigten Bewerberin nicht mit dem Pflichtenheft überein. Da zudem die öffentlichen Interessen am unmittelbaren Abschluss des Vertrags nicht allzu schwer wiegen, erscheint die Beschwerde als ausreichend begründet, so dass dem Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entsprechen ist (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/22).

Verfügung vom 19. Februar 2015

Verfahrensbeteiligte

AVM Steuerungen AG, Bütschwilstrasse 30, 9607 Mosnang, **Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin**, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Hubert Gmünder, Poststrasse 23, 9001 St. Gallen,

gegen

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

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,



St.Galler Gerichte

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

und

Inset AG Industrie-Elektro-Technik, Staatsstrasse 199, 9463 Oberriet
SG, **Beschwerdegegnerin**,

Gegenstand

Vergabe Neubau Labor 2 (Wärmepumpen-Testzentrum) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Die AVM Steuerungen AG (Gesuchstellerin) hat den vom Rektor der Interstaatlichen Hochschule für Technik Buchs (NTB, Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 23. Januar 2015 verfügten Zuschlag für die Erstellung des Wärmepumpen-Testzentrums im Rahmen des Neubaus Labor 2 an die Inset AG (Beschwerdegegnerin) zum Preis von CHF 270'375.35 mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 5. Februar 2015 beim Verwaltungsgericht angefochten mit dem Antrag, unter Kosten- und Entschädigungsfolge und Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei der Zuschlag aufzuheben und der Beschwerdeführerin zu erteilen, eventualiter die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Für die Vorinstanz reichte das Baudepartement des Kantons St. Gallen, dem Projektierung und Realisation des Laborgebäudes sowie die Bauherrenvertretung übertragen sind (vgl. Art. 7 der Vereinbarung zwischen den Trägern der NTB über die Finanzierung der Erneuerungsinvestitionen der NTB vom 12. Januar 2011; sGS 234.110.11), Vergabeakten ein und beantragte mit Vernehmlassung vom 13. Februar 2015 die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung und der Beschwerde.

Der Präsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über die aufschiebende Wirkung.



2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, 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 hält fest, der aufschiebenden Wirkung stünden weder überwiegende öffentliche noch private Interessen entgegen, jedenfalls seien solche bis heute nicht bekannt. Die Vorinstanz macht erhebliche der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegen stehende öffentliche Interessen geltend. Die Inbetriebnahme der Prüfstände für das Wärmepumpen-Testzentrum sei für Juni 2015 geplant, so dass das Zentrum ab Ende 2015 betrieben werden könne. Das Zentrum werde voraussichtlich einen Jahresumsatz von CHF 500'000 erwirtschaften. Die Testmessungen seien eine Voraussetzung für die Förderung einzelner Wärmepumpen. Sie habe sich im Rahmen des Projekts "Swiss Competence Center for Energy Research, Efficiency of Industrial Processes", das insgesamt einen Umfang von knapp CHF 5 Millionen aufweise, verpflichtet, ab Dezember 2015 einen Prüfstand für Wärmepumpen anzubieten, der effizient zwischen mehreren Temperaturniveaus arbeite. Geplante Master- und Bachelorarbeiten und Forschungsprojekte des Bundesamtes für Energie und der Eidgenössischen Kommission für Technologie und Innovation, welche auf die Benutzung einer Klimakammer angewiesen seien, würden verzögert oder könnten gar nicht durchgeführt werden.

Mit der Verzögerung der Erstellung der Prüfstände verzögert sich auch die Inbetriebnahme des Wärmepumpentestzentrums. Dass das Zentrum deshalb für geplante Projekte nicht rechtzeitig zur Verfügung steht, ist nachvollziehbar. Zu den geplanten Projekten werden indessen keine Belege eingereicht. Die Vorinstanz legt einzig einen Brief des Bundesamtes für Energie vom Oktober 2009 vor, aus welchem die Absicht einer Fortführung der bisherigen Unterstützung für 2010 hervorgeht. Die Vorinstanz führt auch nicht aus, weshalb das bestehende Testzentrum, das offenbar nach wie vor in Betrieb ist (vgl. www.wpz.ch, letzte Aktualisierung der Prüfergebnisse am



12. Februar 2015), für diese Projekte nicht mehr eingesetzt werden kann. Die mit einer verzögerten Inbetriebnahme des neuen Testzentrums verbundenen Nachteile sind deshalb schwer abzuschätzen. Zudem ist davon auszugehen, dass die ausgeschriebenen Arbeiten, welche eine Messstation betreffen, weitgehend unabhängig von der Erstellung des Neubaus planbar sind und die Vorinstanz damit auch Rechtsmittelverfahren in die Festlegung ihres Zeitplanes einbeziehen konnte. Die von der Vorinstanz geltend gemachte zeitliche Dringlichkeit hat es im Übrigen nicht ausgeschlossen, zunächst Richtofferten und erst anschliessend im Einladungsverfahren Angebote einzuholen (Vernehmlassung der Vorinstanz Seite 5/8). Insgesamt ist davon auszugehen, dass die der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen nicht allzu schwer wiegen.

2.2.

2.2.1. Die Vergabe der Prüfstände für das Wärmepumpen-Testzentrum wurde im Einladungsverfahren durchgeführt. Von den fünf eingegangenen Angeboten (vgl. Angabe in der angefochtenen Verfügung; im Offertöffnungsprotokoll werden lediglich vier Angebote aufgeführt, act. 7/2) mit einer Preisspanne zwischen CHF 260'385.09 und CHF 323'043.25 wurden zwei, darunter jenes der Beschwerdeführerin zum Preis von CHF 260'385.09 ausgeschlossen, weil die Eingabe nicht korrekt nach Pflichtenheft erfolgt sei. Grund ist der Umstand, dass in den technischen Details des Pflichtenhefts die Grösse der Schaltschränke pro Prüfstand mit 2400 mm (Breite), 2000 mm (Höhe) und 400 mm (Tiefe) mit einem Sockel von 200 mm angegeben wird (act. 2/7 und 7/6), in der Offerte der Gesuchstellerin jedoch Dimensionen von 1600 mm (Breite), 2100 mm (Höhe inklusive Sockel 100 mm) und 400 mm (Tiefe; Steuerungen Sole-Wasser-Prüfstände 1 und 2) und von 1800 mm (Breite), 2100 mm (Höhe inklusive Sockel 100 mm) und 400 mm (Tiefe; Steuerungen Luft-Wasser-Prüfstände 1 und 2) aufgeführt waren.

Art. 12 VöB regelt die Gründe, aus denen der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen kann. Die Aufzählung in Art. 12 VöB ist nicht abschliessend. Abweichungen von den Vorgaben der Vergabestelle im Angebot sind grundsätzlich unzulässig und führen in der Regel zum Ausschluss aus dem Verfahren



(vgl. Galli/Moser/Lang/ Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 468 f.).

In den Offertunterlagen wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Angebote mit abgeändertem Leistungsverzeichnis vom Verfahren ausgeschlossen werden. Das Leistungsverzeichnis bestand aus einem Pflichtenheft, in welchem die technischen Details, insbesondere die Abmessungen der Schaltschränke pro Prüfstand angegeben waren. Das Angebot der Beschwerdeführerin nannte hinsichtlich Breite der Schränke als auch hinsichtlich der Höhe der Schränke und der Sockel davon abweichende Masse; diesbezüglich wich es von der Ausschreibung ab und durfte grundsätzlich ausgeschlossen werden. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Höhe der Sockel gleichermassen wie jenes der Beschwerdeführerin von den Vorgaben im Pflichtenheft abweicht (vgl. 7/4 Seiten 1 und 3). Dieser Umstand wirft die Frage nach der Gleichbehandlung der Anbieter auf (vgl. Art. 1 Abs. 2 Ingress und lit. b IVöB).

2.2.2. Die Vergabebehörde hat für die fraglichen Arbeiten zunächst Richtofferten eingeholt, ohne die Dimensionen der Schaltschränke festzulegen. Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer dazu am 3. Oktober 2014 eingereichten Offerte Schränke in den Abmessungen, wie sie auch in ihrem Angebot vom 10. Dezember 2014 aufgeführt waren, angeboten. In der Ausschreibung legte die Vergabebehörde dann – möglicherweise im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Angebote – selbst die Masse fest. Die Beschwerdeführerin vergass daraufhin, in ihrer Offerte vom 10. Dezember 2014 im Text die Massangaben zu korrigieren. Die Flächenangaben zu den in die Schränke einzubauenden Montageplatten passte sie jedoch an die neue Dimensionierung der Schränke entsprechend den Vorgaben der Vergabebehörde an.

Gemäss Art. 31 VöB prüft der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien (Abs. 1), korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler (Abs. 2) und kann vom Anbieter Erläuterungen verlangen, die schriftlich festgehalten werden, wenn Angaben eines Angebots unklar sind (Abs. 3). Aufgrund der "Kann"-Vorschrift von Art. 31 Abs. 3 VöB ist die Vergabebehörde nicht verpflichtet, bei Unklarheiten vom Anbieter Erläuterungen zu verlangen. Dies steht vielmehr in ihrem Ermessen (vgl. VerwGE B 2002/93 vom 6. Dezember 2002, GVP 2002 Nr. 32; VerwGE B 2014/139 und 142 vom



18. Juli 2014 E. 4.2.5, www.gerichte.sg.ch). Die Vergabebehörde verletzt den Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs und das Verbot des überspitzten Formalismus, wenn sie einen Anbietenden ohne vorgängige Rücksprache ausschliesst, weil sie der Auffassung ist, dessen Angebot leide an einem Formmangel, der sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis nicht auswirkt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 440).

Bei den von der Ausschreibung abweichenden Massangaben der Schaltschränke im Angebot der Beschwerdeführerin handelte es sich um einen Schreibfehler, der nach Art. 31 Abs. 2 VöB vom Auftraggeber zu korrigieren ist, wenn er offensichtlich ist. Fraglich ist, ob der Fehler als offensichtlich bezeichnet werden kann. Wie die Vorinstanz ausführt, können verschiedene Gründe dazu führen, dass ein Anbieter von den Vorgaben der Ausschreibung inhaltlich abweicht. Eine bewusste inhaltliche Abweichung war deshalb nicht von vornherein auszuschliessen. Die Vergabebehörde konnte neben der Abweichung der Massangaben aber auch feststellen, dass die Angaben im Angebot der Beschwerdeführerin zur Fläche der Montageplatten in den offerierten Schaltschränken mit 4,8 Quadratmetern mit den Vorgaben von Höhe und Breite der Schränke in der Ausschreibung (2400 mm Breite, 2000 mm Höhe) übereinstimmten. Das Angebot der Beschwerdeführerin erschien damit inhaltlich als widersprüchlich. Weil dessen tatsächlicher Inhalt nicht offensichtlich erkennbar wurde, war eine Offertbereinigung im Sinn eines grundsätzlich rein verwaltungsinternen Vorgangs – wie sie die Berichtigung eines Rechen- oder Schreibfehlers darstellt – zwar nicht möglich. Umso mehr als die Vorinstanz aber die fraglichen Arbeiten bereits einmal ohne Massangaben ausgeschrieben hatte und die Beschwerdeführerin bereits auf diese Ausschreibung hin ein Angebot mit den irrtümlicherweise im neuen Angebot übernommenen Massen eingereicht hatte, hätte die Vorinstanz jedenfalls ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie den Widerspruch geklärt hätte.

Fraglich ist, ob die Vorinstanz unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu einer solchen Nachfrage verpflichtet war. Immerhin musste sie von der Möglichkeit ausgehen, dass einem allfälligen Ausschluss ein Versehen der Beschwerdeführerin im Sinn eines Schreibfehlers zugrunde lag, dessen Berichtigung sich weder auf die tatsächlich offerierte Leistung noch auf den offerierten Preis auswirkte. Dafür sprach auch der Umstand, dass – was angesichts der zweiten Ausschreibung mit klaren Massangaben im Pflichtenheft zu erwarten gewesen wäre – eine Begründung der



Beschwerdeführerin für die inhaltliche Abweichung von den im Pflichtenheft klar und eindeutig vorgegebenen technischen Details nicht vorlag. Unter diesen Umständen erscheint jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung die Rüge der Beschwerdeführerin, sie sei in Verletzung des Grundsatzes der Gewährung des rechtlichen Gehörs und des Verbots des überspitzten Formalismus vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, nicht als unbegründet.

2.3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde unter Berücksichtigung der nicht besonders schwerwiegenden privaten und öffentlichen Interessen am sofortigen Abschluss der Leistungsvereinbarung als ausreichend begründet. Das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, ist dementsprechend gutzuheissen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

3. Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis **5. März 2015** zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz erhält Gelegenheit, ihre Vernehmlassung vom 13. Februar 2015 **innert gleicher Frist** zu ergänzen. Nach unbenützter Frist wird Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen. Mit Blick auf die Frage der Gleichbehandlung der Anbieter ist die Vorinstanz zudem aufzufordern, dem Gericht innert gleicher Frist sämtliche Vergabeakten, insbesondere die weiteren Angebote einzureichen.

4. Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

2. Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.

3. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 5. März 2015 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei



unbenütztem Ablauf der Frist wird Verzicht angenommen. Die Vorinstanz wird aufgefordert, innert gleicher Frist die vollständigen Vergabeakten einzureichen.

4. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Präsident

Eugster