



Fall-Nr.: B 2015/84
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 13.02.2020
Entscheiddatum: 01.06.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 29.05./01.06.2015

Öffentliches Beschaffungswesen, aufschiebende Wirkung, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Es liegt im Ermessen der Vergabebehörde, im Rahmen der Beurteilung der Eignung Referenzobjekte, bei welchen die Beschwerdegegnerin im schweizerischen Umfeld lediglich Erfahrung als Subunternehmerin nachwies, zu berücksichtigen. Sollte die Zuschlagsempfängerin das ausgeschriebene Projekt mit Mitteln anderer Projekte quersubventionieren, zieht dies nicht die Unzulässigkeit des Angebots nach sich, auch wenn der offerierte Preis als ungewöhnlich niedrig erscheint (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/84).

Verfügung vom 29. Mai / 1. Juni 2015

Verfahrensbeteiligte

Multi-Access AG, Webereistrasse 61, 8134 Adliswil,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Milan Kryka, Sears Wiederkehr Hugelshofer Widmer, Bahnhofstrasse 48, 8022 Zürich,

gegen

Universität St. Gallen, Dufourstrasse 50, 9000 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Bettina Deillon-Schegg, factum advocatur, Davidstrasse 1, 9001 St. Gallen,



und

IDENTA AG, Brunnenstrasse 17, 8610 Uster,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Einführung der neuen Studierendenkarte HSGcard / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Die Multi-Access AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat den von der Universität St. Gallen (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 30. April 2015 verfügten Zuschlag für die Einführung der neuen Studierendenkarte HSGcard an die Identa AG (Beschwerdegegnerin) zum Preis von CHF 54'915 (Projektkosten ohne Rabatt; Hard- und Software inklusive Karte im Rollout; Lizenz- und Wartungsgebühr pro Jahr ohne Karte) mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 13. Mai 2015 (Poststempel: 14.-5.15) beim Verwaltungsgericht angefochten mit dem Antrag, es sei die Zuschlagsverfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolge und Erteilung der aufschiebenden Wirkung aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen, eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin nahm am 18. Mai 2015 zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin Stellung, ohne sich zum Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu äussern. Die Vorinstanz beantragte mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 22. Mai 2015, es seien das Gesuch und die Beschwerde, soweit auf sie einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Gleichzeitig reichte sie dem Gericht die Vergabeakten ein.

Der Präsident erwägt:

1. Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschaffungsbeschwerde fällt in die Zuständigkeit des Präsidenten des Verwaltungsgerichts (vgl. Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.11, VöB).



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 macht geltend, öffentliche oder private Interessen, welche der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstünden, seien nicht auszumachen. Die Einführung der neuen Studierendenkarte zum kommenden Semesterbeginn sei nicht zwingend, bestehe doch die Möglichkeit, sämtliche Funktionalitäten der HSGcard nach dem bisherigen System für ein Semester oder ein Jahr weiterzuführen. Die Vorinstanz hält dem entgegen, wenn die neue Karte nicht auf Anfang der Startwoche des Herbstsemesters 2015 am 7. September 2015 eingeführt werden könne, müsse nochmals auf der Basis des alten Systems gestartet werden. Mit hoher Wahrscheinlichkeit würden sich dann die bereits zu Beginn des Herbstsemesters 2014/15, als 2'400 Personen ihr Studium an der Universität neu aufnahmen, aufgetretenen betrieblichen und administrativen Schwierigkeiten wiederholen. Probleme bei der Selbstausleihe in der Bibliothek hätten zu Einschränkungen des Vorlesungsbetriebs geführt, da die Zeitintervalle von 45 Minuten Vorlesung und 15 Minuten Pause nicht mehr hätten eingehalten werden können. Müsse die Universität die erforderlichen Studierenden- sowie Druckerkarten nochmals in Eigenregie selbst herstellen, führe dies zu geschätzten zusätzlichen Mehrkosten von CHF 25'000.

Nachdem das mit der HSGcard abzulösende System zu Beginn des Herbstsemesters 2014/15 erhebliche administrative und betriebliche Mängel zeigte, bereitete die Vorinstanz die Beschaffung eines neuen Systems vor. Bereits am 9. Februar 2015 erfolgte die Ausschreibung (vgl. ABI 2015 S. 325 f.). Der Vorinstanz kann unter diesen Umständen nicht vorgehalten werden, sie hätte die Dauer eines Beschwerdeverfahrens bei der Zeitplanung berücksichtigen und mit der Vorbereitung der Ablösung des Systems entsprechend früher beginnen müssen. Die Weiterführung des offenkundig den heutigen Bedürfnissen und Studierendenzahlen nicht mehr genügenden bisherigen



St.Galler Gerichte

Systems mit Karten auf Papierbasis im Herbstsemester 2015 würde gemäss der vorinstanzlichen Kostenzusammenstellung Kosten von rund CHF 25'000 (act. 8/7.1), das heisst Aufwendungen in der Grössenordnung der Hälfte der Vergabesumme für das neue System verursachen.

Unter den dargelegten Umständen kommt den der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegen stehenden öffentlichen Interessen beträchtliches Gewicht zu. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerde nicht als ausreichend begründet erscheint.

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdeführerin begründet ihre Beschwerde vorab damit, den Zuschlag habe ein Angebot erhalten, deren Anbieterin die Eignungskriterien nicht erfülle, weil sie nicht über zwei Referenzobjekte an schweizerischen Universitäten oder Fachhochschulen aus den letzten drei Jahren verfüge.

Gemäss Art. 8 VöB legt der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung fest, welche Eignungskriterien der Anbieter erfüllen und welche Nachweise er erbringen muss. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. a VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn der Anbieter die Eignungskriterien nicht erfüllt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessensspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Wichtige Schranken bei der Anwendung der Eignungskriterien bilden der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben und das vergaberechtliche Transparenzprinzip. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten (vgl. BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4; BGE 141 II 14 E. 7.1).



Im Kriterium E20 der Eignungsprüfung gemäss Beilage 2 zum Pflichtenheft wurde die Anbieterin danach gefragt, ob sie über Referenzkunden aus dem universitären Bereich verfüge und in den letzten drei Jahren mindestens zwei Projekte zu Studierendenkarten mit Schweizer Universitäten oder Fachhochschulen erfolgreich durchgeführt habe. Die Beschwerdegegnerin verneinte die Frage zwar, fügte jedoch im dazugehörigen Bemerkungsfeld an "In der Schweiz nur Studierendenausweise über einen bekannten Systemanbieter (Kundenschutz)". Bei den Angaben zu den Referenzprojekten in der Beilage 4 gab sie an, sie habe "die Studierendenausweise für diverse Projekte über einen bekannten Partner in der Schweiz geliefert (z.B. Universität Bern, Höhere Fachhochschule Gesundheit und Soziales, idheap, ISL, Uni Fribourg, FH Nordschweiz, HES-SO Lausanne, HSR – Hochschule für Technik Rapperswil)". Zumal die Beschwerdegegnerin Erfahrungen als Unternehmerin im universitären Bereich und als Subunternehmerin an schweizerischen Universitäten und Fachhochschulen nachwies, lag es im Ermessen der Vorinstanz, die Eignung der Beschwerdegegnerin nicht zu verneinen. Ihr Entscheid ist mit Blick auf die Hinweise der Beschwerdegegnerin zu ihren schweizerischen Referenzprojekten und zur vorinstanzlichen Begründung in ihrer Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nachvollziehbar. Dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin im schweizerischen Umfeld lediglich Erfahrung als Subunternehmerin nachwies, trug die Vorinstanz bei der Bewertung des Angebots nach dem Zuschlagskriterium der Referenzprojekte Rechnung.

2.2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, den Zuschlag habe ein krasses Unterangebot – das heisst ein Angebot unter dem Selbstkostenpreis – erhalten. Die Vorinstanz hätte mindestens weitere Informationen und Unterlagen einholen müssen.

Gemäss Art. 12 Ingress und lit. a VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren unter anderem dann ausschliessen, wenn dieser die Eignungskriterien nicht erfüllt. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot ist nur dann mangels Eignung auszuschliessen, wenn Anlass besteht, an der Fähigkeit des Anbieters zur Auftragserfüllung zu den angebotenen Konditionen und damit an der grundsätzlichen Seriosität des Angebots zu zweifeln (vgl. D. Lutz, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 295 f.). Die Beweislast liegt bei der



St.Galler Gerichte

Vergabebehörde (vgl. Lutz, a.a.O., S. 296). Werden ungewöhnlich niedrige Angebote eingereicht, kann der Auftraggeber gemäss Art. 32 VöB zusätzliche Unterlagen und Auskünfte verlangen, um die Einhaltung der Teilnahmebedingungen zu prüfen. Bei einem Angebot, das rund 20 Prozent unter der preislich zweitniedrigsten Offerte liegt, sind nach der st. gallischen Vergabepaxis und Rechtsprechung zusätzliche Abklärungen jedenfalls gerechtfertigt (www.beschaffungswesen.sg.ch unter Vergabeverfahren/Zuschlag/ungewöhnlich niedrige Angebote, Ziffer 5; GVP 2002 Nr. 33). Eine Pflicht besteht nur dann, wenn Anhaltspunkte oder Verdachtsmomente dafür bestehen, dass der Anbieter Teilnahme- oder Auftragsbedingungen verletzt, wobei teilweise sogar offensichtliche und krasse Fälle verlangt werden (vgl. Lutz, a.a.O. S. 289 mit Hinweisen).

Die Vorinstanz hat das mit 30 Prozent gewichtete Preiskriterium in die Unterkriterien Investitionskosten und Betriebskosten aufgeteilt. Die mit 18 Prozent (60 Prozent von 30 Prozent) gewichteten Investitionskosten setzen sich zusammen aus Kosten für die Hardware (Server, Arbeitsstationen, Drucker und Validierungsstationen), die Anwendungssoftware und die Lösung der Schnittstellen sowie die Dienstleistungskosten (Projektmanagement, Einführung, Tests, Schulung, Abnahme usw.) und die Kosten der Kartenherstellung im Rollout pro Karte (Personalisierung, Erstvalidierung, Konfektionierung und Verbrauchsmaterial). Die mit 12 Prozent (40 Prozent von 30 Prozent) gewichteten Wartungskosten umfassen Hardware, Anwendungssoftware und Schnittstellen sowie die Kosten je Kartenrohling. Bei sämtlichen Teilkosten – mit Ausnahme der Kosten je Kartenrohling – liegt das Angebot der Beschwerdegegnerin mehr als 20 Prozent unterhalb der nächstbilligeren Offerte. Allerdings sind bei der angezeigten summarischen Prüfung keine Hinweise dafür ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin Teilnahme- oder Auftragsbedingungen verletzt. Aufgrund der von der Beschwerdegegnerin beziehungsweise der mit ihr personell verflochtenen IDENTA Ausweissysteme GmbH, Villingen-Schwenningen/D, angegebenen zahlreichen Referenzprojekte (vgl. act. 3.4), welche personalisierte Kartensysteme mit ganz unterschiedlichen Funktionen umfassen, ist nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdegegnerin die Eignung zur Umsetzung des ausgeschriebenen Projektes grundsätzlich abgeht. Im Übrigen hat sie sämtliche Fragen in der Beilage 1 (Anbieterangaben) zu Arbeitnehmerschutz, Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen positiv beantwortet. Schliesslich hat die Vorinstanz



St.Galler Gerichte

anlässlich der Projektpräsentation zur Frage der Projektkosten Auskünfte eingeholt und erhalten (vgl. act. 7/Ziffer 24 und act. 8/4.1 und 2). Sollte die Beschwerdegegnerin das ausgeschriebene Projekt mit Mitteln anderer Projekte quersubventionieren, zieht dies nicht die Unzulässigkeit des Angebots nach sich.

2.2.3. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Bewertung ihres Angebots nach den Kriterien der Leistungsfähigkeit des Unternehmens und der Referenzen.

Bei einer maximal möglichen Punktzahl von drei Punkten erzielte das Angebot der Beschwerdeführerin 1,49 gewichtete Punkte, jenes der Beschwerdegegnerin 1,93 gewichtete Punkte. Der Rückstand beträgt mithin 0,44 gewichtete Punkte. Würde das Angebot der Beschwerdeführerin sowohl bei der Bewertung der Leistungsfähigkeit (1,46 Punkte, Gewichtung zehn Prozent, 0,15 gewichtete Punkte) als auch bei der Bewertung ihrer Referenzprojekte (2,15 Punkte, Gewichtung 20 Prozent, 0,43 gewichtete Punkte) mit dem Punktemaximum von je drei Punkten bewertet, würde sich die Gesamtpunktzahl um 0,32 gewichtete Punkte (0,15 Punkte bei der Leistungsfähigkeit, 0,17 Punkte bei den Referenzprojekten) zwar auf 1,81 gewichtete Punkte verbessern. Den Rückstand auf das Angebot der Beschwerdegegnerin würde die Beschwerdeführerin jedoch nicht aufholen.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde insbesondere auch mit Blick auf die beträchtlichen öffentlichen Interessen an der Einhaltung des Terminplans nicht als ausreichend begründet. Bei der gebotenen summarischen Prüfung der Begründetheit der Beschwerde erscheint der Umstand, dass die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin nicht mangels Eignung ausgeschlossen hat, nicht als Rechtsverletzung. Schliesslich könnte die auf dem vierten Platz rangierte Beschwerdeführerin den Rückstand gegenüber der Beschwerdegegnerin auch bei einer Bewertung ihres Angebots in den von ihr beanstandeten Zuschlagskriterien mit der maximalen Punktzahl nicht aufholen. Das Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist deshalb abzuweisen.

4. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ist die Gelegenheit zu bieten, bis 22. Juni 2015 ihre Vernehmlassungen in der Sache soweit erforderlich zu ergänzen. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. Die Beschwerdeführerin beantragt einen



zweiten Schriftenwechsel nach vollständiger Aktenüberweisung durch die Vorinstanz. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden deshalb ersucht, sich innert gleicher Frist zu diesem sinngemässen Gesuch um vollständige Einsicht in die Vergabeakten zu äussern und allfällige begründete Abdeckungsvorschläge zu machen; nach unbenützter Frist wird, was das Angebot der Beschwerdegegnerin anbelangt, Zustimmung angenommen.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten dieser Verfügung von CHF 800 der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP; Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie sind mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'000 zu verrechnen. CHF 1'200 verbleiben bei der Hauptsache. Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98 und Art. 98bis VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829).

Der Präsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 22. Juni 2015 ihre Vernehmlassungen in der Sache zu ergänzen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.
- 3.** Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 800 unter Verrechnung mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 2'000. CHF 1'200 bleiben beim Hauptverfahren.
- 4.** Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Präsident

Eugster