



Fall-Nr.: B 2017/121
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.11.2017
Entscheiddatum: 22.11.2017

Entscheid Verwaltungsgericht, 22.11.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 5 Abs. 3 BV Der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet es der Vergabebehörde, im Beschwerdeverfahren Offertpreise zu bereinigen und ihre Ermessen beim Entscheid über den Ausschluss von Anbietern und bei der Bewertung der Angebote neu zulasten der Beschwerdeführerin auszuüben (Verwaltungsgericht, B 2017/121).

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

netshape AG, Langfeldstrasse 6, Postfach, 9201 Gossau,

Beschwerdeführerin,

gegen

Oberstufenschulgemeinde Sproochbrugg, Schulrat, Leo-Jung-Strasse,
9526 Zuckenriet,

Vorinstanz,

und



Letec IT Solutions AG, Friedbergstrasse 68, 8200 Schaffhausen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe ICT Sproochbrugg (Pflichtenheft, Lieferung Hard- und Software, Dienstleistungen)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Die Oberstufenschulgemeinde Sproochbrugg schrieb am 27. März 2017 im Rahmen des Projekts zur Erneuerung der Informations- und Kommunikationstechnologie (ICT) im Schulhaus Sproochbrugg im offenen Verfahren die Lieferung von Hard- und Software, die Implementation und den Aufbau eines gemanagten drahtlosen lokalen Netzwerkes (WLAN) aus (ABI 2017 S. 1011 f.). In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Zuschlagskriterien ohne Gewichtung bekanntgegeben, nämlich „Investitionskosten“, „Erfahrungen/Referenzen/Qualifikationen“, „Dienstleistung und Firmenprofil“ sowie „Technische Spezifikation Hard- und Software“ (act. 7/2 Seite 5). Innert der bis 12. Mai 2017 offenen Eingabefrist gingen acht Angebote von acht Anbietern ein.

Die Oberstufenschulgemeinde Sproochbrugg erteilte am 31. Mai 2017 den Zuschlag zum Preis von CHF 216'000 (abgerundet von CHF 216'298.08, inkl. Mehrwertsteuer) an die Letec IT Solutions AG, deren Angebot mit 954.11 – davon 255 für den Preis nach der Formel $(300 \times P_{\min} [\text{CHF } 184'000] / P_{\text{Angebot}}) - \text{von maximal } 1'000 - \text{je } 300$ für die Kriterien „Investitionskosten“, „Erfahrungen/Referenzen/Qualifikationen“ sowie „Dienstleistung und Firmenprofil“ und 100 für die „Technische Spezifikation Hard- und Software“ – gewichteten Punkten bewertet worden war (act. 2/3, 7/5).



B. Die netshape AG (Beschwerdeführerin), deren Angebot zum Preis von CHF 183'778 (inklusive Mehrwertsteuer) mit 934.72 Punkten – davon 300 für den Preis – den zweiten Rang erreicht hatte (act. 2/3, 7/6), erhob gegen die vom 7. Juni 2017 datierte und am 8. Juni 2017 versandte Zuschlagsverfügung der Oberstufenschulgemeinde Sproochbrugg (Vorinstanz) mit Eingabe vom 16. Juni 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem – sinngemässen – Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, die Angebote seien neu zu bewerten und es sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Dem von der Beschwerdeführerin gleichzeitig gestellten Gesuch, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, entsprach der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts am 3. Juli 2017, nachdem die Letec IT Solutions AG (Beschwerdegegnerin) zum Antrag keine Stellung genommen und die Vorinstanz am 23. Juni 2017 dessen Abweisung beantragt hatte.

Die Beschwerdegegnerin liess sich mit Eingabe vom 12. Juli 2017 zur Hauptsache vernehmen, ohne einen Antrag zu stellen. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 17. Juli 2017 die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin äusserte sich dazu mit Eingabe vom 4. August 2017. Der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts wies mit verfahrensleitender Verfügung vom 8. August 2017 das Ersuchen der Vorinstanz, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen, ab. Die Vorinstanz antwortete am 28. August 2017 auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin vom 4. August 2017. Die Beschwerdeführerin nutzte am 18. September 2017 die Gelegenheit, sich zu den vorinstanzlichen Ausführungen vom 28. August 2017 zu äussern.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 2 Abs. 1 Ingress und lit. b in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Die nicht



berücksichtigte Beschwerdeführerin, deren Angebot mit einem Rückstand von 20 von maximal 1'000 gewichteten Punkten den zweiten Rang erreichte und damit reelle Chancen auf einen Zuschlag hat, ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde gegen die am 8. Juni 2017 versandte Zuschlagsverfügung wurde mit Eingabe vom 16. Juni 2017 rechtzeitig erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Gemäss angefochtener Verfügung hat die „Informatikkommission“ den Zuschlagsentscheid gefällt. Entsprechend dem Anhang zur Gemeindeordnung der Oberstufenschulgemeinde Sproochbrugg (nachfolgend Gemeindeordnung) fallen neue Ausgaben bis CHF 300'000 gemäss Voranschlag in die Zuständigkeit des Oberstufenschulrats. Es ist davon auszugehen, dass die mit dem Informatikprojekt verbundene Ausgabe Teil des Voranschlags für das Jahr 2017 war und vom Oberstufenschulrat in Anwendung von Art. 27 Abs. 2 Ingress und lit. a der Gemeindeordnung zuhanden der Bürgerschaft verabschiedet wurde. Ebenso ist davon auszugehen, dass die Bürgerversammlung den Voranschlag 2017 entsprechend ihrer Befugnis gemäss Art. 7 Ingress und lit. c der Gemeindeordnung beschlossen hat. Der Oberstufenschulrat ist gemäss Art. 27 Abs. 1 der Gemeindeordnung oberste Leitungs- und Verwaltungsbehörde der Oberstufenschulgemeinde. Insbesondere vollzieht er gemäss Art. 27 Abs. 2 die Beschlüsse der Bürgerschaft (lit. b) und organisiert und führt die Schule und die Verwaltung (lit. c). Er ist gestützt auf Art. 27 Abs. 2 Ingress der Gemeindeordnung befugt, ihm zugewiesene Aufgaben an eine nachgeordnete Stelle zu übertragen. Abgesehen davon, dass in der Beschwerde die Unzuständigkeit der Informatikkommission nicht gerügt wird, führt die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 28. August 2017 aus, sämtliche Entscheide zur Vergabe seien nach Diskussion und Verabschiedung durch die vorbereitende Kommission vom Schulrat gefällt worden. Unter diesen Umständen besteht kein Anlass, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung wegen fehlender funktioneller Zuständigkeit zu prüfen oder gar von Amtes wegen deren Nichtigkeit festzustellen.



3. Die Beschwerdeführerin hält vorab fest, die Zuschlagskriterien „Investitionskosten“, „Erfahrung/Referenzen/Qualifikationen“ und „Dienstleistung und Firmenprofil“ seien mit je 30 Prozent gewichtet worden. Die Gewichtung des Preises mit 30 Prozent und die Bewertung des rund 17 Prozent teureren obsiegenden Angebots nach dem Preiskriterium seien nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz macht geltend, sie habe drei für sie zentrale Punkte mit jeweils 30 Prozent gewichtet. Der Vergabebehörde stehe bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien ein weites Ermessen zu. Der Anforderung, die Kriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt zu geben, sei – formalistisch überspitzt – auch Genüge getan, wenn der Preis mit 31 Prozent, die Erfahrung mit 30 Prozent und die Dienstleistungen mit 29 Prozent gewichtet würden. Selbst wenn aber der Preis mit 35 Prozent, die Erfahrung mit 30 Prozent und die Dienstleistungen mit 25 Prozent gewichtet würden und der Bewertung des Preises eine ungekürzte lineare Preiskurve – das heisst die Formel $([P_{\max} - P_{\text{Angebot}}] / [P_{\max} - P_{\min}])$ – zugrunde gelegt würde, würde sich an der Rangfolge nichts ändern, denn bei der Offertsumme des Angebots der Beschwerdeführerin von CHF 184'000 seien CHF 15'000 aufzurechnen. Beim Managed WLAN „nsccloud“ sei lediglich der Preis für einen Monat, nämlich CHF 256, offeriert worden. Über einen Zeitraum von fünf Jahren führe dies zu effektiven Aufwendungen von CHF 15'360. Beim Offertpreis der Beschwerdegegnerin seien CHF 4'725 für irrtümlich eingerechneten Ersatztoner abzuziehen. Damit sei von Kosten von gerundet CHF 199'000 beim Angebot der Beschwerdeführerin und von CHF 212'000 beim Angebot der Beschwerdegegnerin auszugehen.

3.1. Der Bewertung der Angebote hat die Vorinstanz den von der Beschwerdeführerin offerierten Preis von CHF 184'000 (gerundet, inklusive Mehrwertsteuer) unverändert zugrunde gelegt. Auf dem Bewertungsblatt hat sie dazu zwar angeführt, beim WLAN entstünden Zusatzkosten von mindestens CHF 15'000 bis maximal CHF 29'000 über eine Amortisationsphase von fünf Jahren. Die Beschwerdeführerin habe diese Lizenzierungskosten für das WLAN nur optional erwähnt, sie seien aber zwingend. Für die Bewertung seien dennoch die offerierten Kosten verglichen worden. Die Beschwerdeführerin hält ihrerseits eine Aufrechnung für nicht legitim. Der offerierte Preis sei korrekt. Zu klären ist vorab, ob die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren auf die Ermittlung der Offertpreise zurückkommen darf.



Der Vorinstanz ist das Angebot der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Leistungen und der Kosten des „Managed WLAN“ zwar unklar erschienen. Sie hat aber von der in Art. 31 Abs. 3 VöB vorgesehenen Möglichkeit, bei Unklarheiten im Angebot vom Anbieter Erläuterungen zu verlangen, keinen Gebrauch gemacht. Indem sie das Angebot der Beschwerdeführerin zum offerierten Preis bewertet hat, ist sie davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin sei in der Lage, die ausgeschriebene Leistung zum offerierten Preis zu erbringen. Der Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns verlangt gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV), dass nicht nur Private, sondern auch staatliche Organe nach Treu und Glauben handeln. Die nachträgliche Geltendmachung eines zuvor verworfenen Standpunktes läuft auf ein widersprüchliches Verhalten hinaus (vgl. BGer 2C_929/2014 vom 10. August 2015 E. 2.4 mit Hinweis, 2C_502/2016 vom 24. Mai 2017 E. 2.4).

Unter diesen Umständen gilt der Grundsatz der Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung (vgl. VerwGE B 2017/154 vom 26. Oktober 2017 E. 2.2.1 mit Hinweis unter anderem auf B 2013/46 vom 22. Mai 2013 E. 2.3 mit Hinweis auf M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Freiburg 2004, Rz. 298 ff., www.gerichte.sg.ch). Gleiches gilt auch für die Herabsetzung des Preises der Offerte der Beschwerdegegnerin von CHF 216'000 auf CHF 212'000 (gerundet, inklusive Mehrwertsteuer).

Dementsprechend ist für die weitere Beurteilung der Beschwerde von unveränderten Preisen des Angebots der Beschwerdeführerin von CHF 184'000 und des Angebots der Beschwerdegegnerin von CHF 216'000 (gerundet, inklusive Mehrwertsteuer) auszugehen.

3.2. Die Vorinstanz hat der Bewertung der Angebote nach dem Preiskriterium die Formel ($P_{\min} / P_{\text{Angebot}}$) zugrunde gelegt. Diese asymptotische Preiskurve erweist sich als mit dem Zweck des Vergaberechts, das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieter zu ermitteln, grundsätzlich nicht vereinbar. Nur bei einer linearen Preiskurve bleibt das Gewicht des Preises unabhängig von seiner Höhe gleich, indem gleiche Preisdifferenzen gleiche Bewertungsdifferenzen nach sich ziehen, wobei von einer realistischen Preisspanne auszugehen ist (vgl. GVP 2015 Nr. 39).



Die Vorinstanz geht in ihrer Vernehmlassung vom 17. Juli 2017 deshalb zu Recht von einer linearen Preiskurve aus. Für die Ermittlung der Preisspanne stellte sie auf die tatsächlichen Offertpreise ab (vgl. act. 10, Ziffer 4 der Ergänzung vom 17. Juli 2017 zur Vernehmlassung vom 23. Juni 2017). Die Anwendung dieser Preiskurve erscheint unter den konkreten Umständen vergaberechtskonform. Unter Berücksichtigung des Gegenstandes der Ausschreibung, der Zahl der Angebote – nämlich acht – und des tatsächlichen Unterschieds zwischen dem tiefsten und dem höchsten Preis von CHF 141'222 (CHF 325'000 – CHF 183'778; act. 7/3) oder 75 Prozent des tiefsten Preises bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich dabei nicht um eine realistische Preisspanne handeln würde.

Bei der weiteren Beurteilung der Beschwerde ist dementsprechend von der Bewertung der Preise der Angebote nach der Formel $([P_{\max} - P_{\text{Angebot}}] / [P_{\max} - P_{\min}])$ auszugehen.

3.3. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB werden die Kriterien im Rahmen der Ausschreibung entweder mit ihrer Gewichtung oder aber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt gegeben. Behandelt die Vergabebehörde mehrere unterschiedlich rangierte Zuschlagskriterien je gleichgewichtig, hält sie sich einen erheblichen Spielraum offen, der mit dem Ziel der Transparenz im Vergabeverfahren in einem gewissen Widerspruch steht (vgl. Präsidialverfügung B 2014/21 vom 14. Februar 2014, www.gerichte.sg.ch).

In der Zwischenverfügung vom 3. Juli 2017 führte der zuständige Abteilungspräsident aus, bei einer Gewichtung des Preises mit 35 Prozent, der Erfahrung mit 30 Prozent und der Dienstleistungen mit 25 Prozent und einer linearen Preiskurve auf der Grundlage der tatsächlich offerierten Preise nach der Formel $([P_{\max} - P_{\text{Angebot}}] / [P_{\max} - P_{\min}])$ würde das Angebot der Beschwerdeführerin 940, jenes der Beschwerdegegnerin 920 gewichtete Punkte erzielen. Die Vorinstanz hält fest, Art. 34 Abs. 3 VöB sei – allerdings formalistisch zugespitzt – auch Genüge getan, wenn der Preis mit 31 Prozent, die Erfahrung mit 30 Prozent und die Dienstleistungen mit 29 Prozent gewichtet würden. Ob die Auffassung der Vorinstanz zutrifft, kann indessen offen bleiben, da auch bei der formalistisch zugespitzten Betrachtung das Angebot der Beschwerdeführerin wirtschaftlich günstiger ist als jenes der Beschwerdegegnerin.



St.Galler Gerichte

Bei einer Gewichtung der vergaberechtskonform bewerteten „Investitionskosten“ mit 31 Prozent oder 310 gewichteten Punkten, der „Erfahrungen/Referenzen/Qualifikationen“ mit – unveränderten – 30 Prozent oder 300 gewichteten Punkten und des Kriteriums „Dienstleistung und Firmenprofil“ mit – zulasten der höheren Gewichtung des Preises – 29 Prozent oder 290 gewichteten Punkten, würde das Angebot der Beschwerdeführerin bei unveränderter Beurteilung nach den einzelnen Kriterien und Unterkriterien 935 (350 Preis, 270 Erfahrungen usw., 263 Dienstleistungen, 92 Hard- und Software), jenes der Beschwerdegegnerin 929 (240 Preis, 300 Erfahrungen usw., 290 Dienstleistungen, 99 Hard- und Software) gewichtete Punkte erzielen. Jede höhere Gewichtung des Preises würde sich zugunsten des billigeren Angebots der Beschwerdeführerin auswirken.

4. Die Vorinstanz möchte im Beschwerdeverfahren auf die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin nach den Qualitätskriterien zurückkommen. Insbesondere erachtet sie das Angebot hinsichtlich der Referenzen mit 70 von maximal 100 gewichteten Punkten als zu gut bewertet. Sie hat den Abzug damit begründet, die Beschwerdeführerin lege keine vergleichbare Referenz mit Office 365 vor. Unter diesen Umständen hätte sie das Angebot der Beschwerdeführerin auch ausschliessen können.

Im Ergebnis möchte die Vorinstanz die ihr zustehenden Ermessensspielräume – einerseits gemäss Art. 12 Abs. 1 VöB hinsichtlich der Möglichkeit, einen Anbieter vom Vergabeverfahren auszuschliessen, andererseits bei der Bewertung der Angebote zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinn von Art. 34 Abs. 1 VöB – neu zulasten der Beschwerdeführerin ausüben. Da auch die Vorinstanz als staatliches Organ – wie bereits dargelegt – an den Grundsatz von Art. 5 Abs. 3 BV gebunden ist und nach Treu und Glauben handeln muss, insbesondere sich nicht widersprüchlich verhalten darf, anerkennt sie allerdings selbst zu Recht, dass eine solche Neubewertung ihrerseits „rechtlich nicht relevant“ ist.

5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde im Ergebnis als begründet. Sie ist deshalb gutzuheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 31. Mai 2017 ist aufzuheben. Gemäss der verwaltungsgerichtlichen Praxis (vgl. VerwGE B 2014/248 vom 28. Juli 2015, B 2014/21 vom 14. Mai 2014, B 2013/46 vom 22. Mai 2013,



www.gerichte.sg.ch; vgl. auch M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 451) kann bei klarem Sachverhalt und klarer Rechtslage der Zuschlag unmittelbar der Beschwerdeführerin erteilt werden. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Bei Anwendung der von der Vorinstanz vorgeschlagenen vergaberechtskonformen linearen Preiskurve auf der Basis der tatsächlich offerierten Preise, selbst einer – formalistisch zugespitzten – Gewichtung des Preises mit 31 Prozent, der Erfahrungen mit 30 Prozent und der Dienstleistungen mit 29 Prozent sowie bei unveränderten Offertpreisen und Benotungen der Offerten nach den Qualitätskriterien erzielt das Angebot der Beschwerdeführerin 935, jenes der Beschwerdegegnerin 929 Punkte. Die übrigen Anbieterinnen haben sich mit der Nichtberücksichtigung abgefunden und sind nach der ständigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr am Verfahren beteiligt. Dementsprechend ist der Zuschlag für die Lieferung von Hard- und Software, die Implementation und den Aufbau eines gemanagten drahtlosen lokalen Netzwerkes (WLAN) im Rahmen des Projekts zur Erneuerung der Informations- und Kommunikationstechnologie (ICT) im Schulhaus Sproochbrugg der Beschwerdeführerin zu erteilen. Die Angelegenheit ist zum Vertragsschluss an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten des Hauptverfahrens von der Oberstufenschulgemeinde Sproochbrugg – die Beschwerdegegnerin hat im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt – zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 3'000 erscheint angemessen. Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'200 zurückzuerstatten. Für das Hauptverfahren sind keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 31. Mai 2017 aufgehoben.



2. Der Zuschlag für die Lieferung von Hard- und Software, die Implementation und den Aufbau eines gemanagten drahtlosen lokalen Netzwerkes (WLAN) im Rahmen des Projekts zur Erneuerung der Informations- und Kommunikationstechnologie (ICT) im Schulhaus Sproochbrugg wird der Beschwerdeführerin erteilt und die Angelegenheit zum Vertragsschluss an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Die Oberstufenschulgemeinde Sproochbrugg bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 3'000. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'200 zurückerstattet.

4. Es werden für das Hauptverfahren keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer