



Fall-Nr.: B 2017/134
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 08.08.2017
Entscheiddatum: 08.08.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 08.08.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.Vergabe St. Gallische Psychiatrische Dienste Sektor Nord und Süd (Alarmierung BKP 237.7).Eine von der Vergabestelle zwecks besserer Vergleichbarkeit einverlangte Anpassung der Offerte stellt keine Unternehmervariante dar. Die Beschwerde erscheint nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/134).

Verfahrensbeteiligte

New Voice (Schweiz) AG, Bäckerstrasse 39, 8004 Zürich,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Hochbauamt, Lämmli brunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

und

Novalink GmbH, Business Tower, Zürcherstrasse 310, 8500 Frauenfeld,



Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Frank Zellweger, Bahnhofstrasse 49,
8501 Frauenfeld

Gegenstand

Vergabe St. Gallische Psychiatrische Dienste Sektor Nord und Süd (Alarmierung BKP 237.7)

Der Abteilungspräsident stellt fest:

A. Mit Beschwerde vom 7. Juli 2017 hat New Voice (Schweiz) AG, Bäckerstrasse 39, 8004 Zürich, den vom Baudepartement des Kantons St. Gallen, Hochbauamt, verfügten, am 28. Juni 2017 versandten Zuschlag für an die Novalink GmbH, Frauenfeld, beim Verwaltungsgericht angefochten und unter anderem sinngemäss ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt, über das gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entscheiden hat. Der Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit Verfügung vom 11. Juli 2017 den Abschluss des Vertrags einstweilen (act. G 5).

B. In der Vernehmlassung vom 13. Juli 2017 beantragte RA lic. iur. Frank Zellweger, Frauenfeld, für die Beschwerdegegnerin unter anderem Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolge (act. G 7). Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 17. Juli 2015 ebenfalls die Abweisung des Begehrens (act. G 9). Die am 19. Juli 2017 einverlangte vom Departementsvorsteher korrekt unterzeichnete Eingabe (vgl. Art. 43^{bis} Abs. 2 lit. d VRP) wurde am 8. August 2017 nachgereicht.



Der Abteilungspräsident 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. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 VRP).

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).

3. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, es fehle an einem konkreten Antrag der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. G 7). Der Einwand trifft zwar zu, hat aber nicht zur Folge, dass der Beschwerde ohne weiteres keine aufschiebende Wirkung zukommen würde. Rechtsprechungsgemäss ist bei einer nicht rechtskundig vertretenen Person - wie vorliegend - im Begehren um Aufhebung des Zuschlags und Erteilung des Zuschlags an sie selbst sinngemäss das Gesuch, resp. der Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung mitenthalten (VerwGE 2014/210 vom 27. Oktober 2014 und B 2015/188 vom 13. Oktober 2015).

4. Die Beschwerdegegnerin und die Beschwerdeführerin reichten Angebote zu Preisen von Fr. 591'495.-- und Fr. 575'242.20 ein (Liefer- und Installationskosten des Alarmierungssystems). Die Beschwerdegegnerin offerierte die zusätzlich ausgeschriebenen Wartungskosten über fünf Jahre ohne Hard- und Softwareersatz für Fr. 72'060.--, während die Beschwerdeführerin die Wartung einschliesslich Hard- und Softwareersatz über fünf Jahre für Fr. 149'686.25 anbot (act. G 8/4 bis G 8/8). Mit E-



Mail vom 23. März 2017 wurde beiden Anbietern im Rahmen der Offertbereinigung ein Fragenkatalog zugestellt. Die Beschwerdeführerin wurde unter anderem aufgefordert, die Wartungskosten auch ohne Hard- und Softwareersatz auszuweisen. In ihrer Antwort gab sie die jährlichen Kosten für die Wartung ohne Hard- und Softwareersatz mit Fr. 19'958.15 (einschliesslich Mehrwertsteuer) bzw. für fünf Jahre mit Fr. 99'790.75 bekannt (act. G 8/11). Nach Durchführung von Referenzbesichtigungen mit beiden Anbietern (act. G 8/13 f.) erhielt die Beschwerdegegnerin den Zuschlag zum Preis von Fr. 667'562.35 (einschliesslich Mehrwertsteuer; act. G 2.3 und G 8/15 bis 8/19).

4.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, wegen einer von der Vergabestelle vorgenommenen unzulässigen nachträglichen Änderung betreffend Wartungskosten (ohne Hard- und Softwareersatz) habe die Beschwerdegegnerin das Angebot zu ihren Gunsten beeinflussen können. Ihre ursprünglich günstigere Offerte sei dadurch schlussendlich um Fr. 4'470.60 teurer geworden. Gemäss Pflichtenheft sei eine Unternehmervariante (Zusatzvariante zur ausgeschriebenen Lösung) nicht zugelassen gewesen. Es seien Wartungskosten einschliesslich Hardwareersatz ausgeschrieben gewesen. Da beim streitigen Zuschlag die Wartungskosten ohne Hard- und Softwareersatz berücksichtigt worden seien, sei eine unzulässige Variante zugelassen worden (act. 1). Die Vorinstanz führt aus, einzig der von der Beschwerdegegnerin im Bereich Wartung offerierte Preis habe dazu geführt, dass deren Angebot preislich knapp besser abgeschnitten habe als jenes der Beschwerdeführerin. Nur die Beschwerdeführerin habe Gelegenheit gehabt, mit der nachträglichen Änderung des Angebots diese Preise zu ihren Gunsten zu verändern. Eine Unternehmervariante sei nicht berücksichtigt worden. Die Vergabestelle habe entschieden, dass die Möglichkeit eines Ersatzes von Hard- und Software während der fünfjährigen Wartungsdauer nicht notwendig sei (act. G 9).

4.1.1. Aus dem vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbieter gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b IVöB ergibt sich, dass die Offerten sämtlicher Anbieter grundsätzlich unverändert einander gegenüber gestellt werden (vgl. GVP 2005 Nr. 35). Werden Änderungen vorgenommen, verlangt das Transparenzgebot gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB, dass sie offen gelegt werden und nachvollziehbar sind. - Gemäss den Ausschreibungsunterlagen umfasst die zu erbringende Leistung vorliegend einerseits die Lieferung und Installation des Alarmierungssystems und



andererseits dessen Wartung für fünf Jahre (vgl. act. G 8/2: Offerte Bauauftrag S. 18 f. und Leistungsverzeichnis Alarmserver S. 41). In den Ausschreibungsunterlagen wurde - wie die Beschwerdeführerin zutreffend einwendet - eine Unternehmervariante ausgeschlossen (act. G 8/2 S. 3). Die Wartung für fünf Jahre beinhaltete jedoch entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin gemäss dem Leistungsverzeichnis „Alarmserver“ (act. G 8/2 S. 41) keinen Soft- und Hardwareersatz. Da die Beschwerdeführerin die Wartungskosten ursprünglich einschliesslich des Soft- und Hardwareersatzes offeriert hatte, erhielt sie von der Vergabestelle nachträglich Gelegenheit, ihr Wartungskosten-Angebot ohne Soft- und Hardwareersatz zu beziffern, um eine Vergleichbarkeit mit dem Angebot der Beschwerdegegnerin zu gewährleisten. Bei dieser nicht von den Offerenten eingereichten, sondern von der Vergabestelle verlangten Anpassung handelt es sich nicht um eine Unternehmervariante. Das Angebot der Beschwerdegegnerin wurde ohne jede Änderung berücksichtigt. Es schnitt im Endergebnis preislich knapp besser ab als jenes der Beschwerdeführerin.

4.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet mit Bezug auf das Preiskriterium, dass der geringe Preisunterschied von Fr. 4'470.60 bei einem Gesamtvolumen von Fr. 672'032.96 zu einer Bewertung ihres Angebots mit lediglich einem Punkt geführt, während die Beschwerdegegnerin 59 Punkte bekommen habe (act. G 1 S. 3). Die Vorinstanz anerkennt diesbezüglich, dass die Anwendung der Vergabeformel ($[P_{\max} - P_{\text{Angebot}}] / [P_{\max} - P_{\min}]$) bei nur zwei Offerten zu unbilligen Ergebnissen führen könne (act. G 9 S. 5). Zutreffend weist sie jedoch darauf hin, dass die Wahl der Preiskurve sich vorliegend insofern nicht auf das Endergebnis auswirkt, als das Angebot der Beschwerdeführerin (133 Punkte) und der Beschwerdegegnerin (235 Punkte) um 102 Punkte auseinanderlagen (act. G 8/20). Selbst eine - mit Blick auf die geringe Preisabweichung grundsätzlich in Betracht kommende - Zuteilung der vollen Punktzahl (60) an beide Offerenten beim Preiskriterium hätte somit nicht den Zuschlag zugunsten der Beschwerdeführerin bewirken können.

4.3. Wenn die Beschwerdeführerin im Weiteren die Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien in Frage stellt, so ist festzuhalten, dass eine pauschale Infragestellung ohne konkrete Nennung von Mängeln den Begründungsanforderungen offenkundig nicht genügt. Insgesamt betrachtet erscheint die Beschwerde somit nicht als hinreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung



ist bereits daher abzuweisen. Wie schwer die von der Vorinstanz der Gewährung der aufschiebenden Wirkung geltend gemachten öffentlichen Interessen an einer möglichst raschen Umsetzung der streitigen Vergabe wiegen, kann bei diesem Ausgang an sich offen bleiben. Der Umstand, dass sie bis zur Nachreichung einer rechtsgenügend vom Departementsvorsteher unterzeichneten Vernehmlassung fast 3 Wochen verstreichen liess, relativiert jedenfalls das geltend gemachte öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung.

5. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist bereits deshalb abzuweisen. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsabschluss dem Verwaltungsgericht umgehend mit.

6. Nachdem die Vorinstanz bereits materiell zur Beschwerde Stellung genommen hat, erhält sie noch Gelegenheit zur Ergänzung, wohingegen die Beschwerdegegnerin einzuladen, bis 1. September 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Die Gerichtsferien gelten nicht (Art. 15 Abs. 4 IVöB). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

7. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs.1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'400 zu verrechnen. Der restliche Kostenvorschuss von CHF 3'900 ist bei der Hauptsache zu belassen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Auf. 2003, Rz. 829). Die Beschwerdeführerin hat aber die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren ausseramtlich ermessensweise mit CHF 1'400 zuzüglich CHF 56 pauschale Barauslagen zu entschädigen (Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b sowie Art. 28^{bis} Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 963.75, HonO). Da die Beschwerdegegnerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist, kann sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der



Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Vorinstanz erhält Gelegenheit, ihre Stellungnahme bis 1. September 2017 zu ergänzen; die Beschwerdegegnerin wird eingeladen innert derselben Frist materiell zur BeschwerdeStellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Es gelten keine Gerichtsferien. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'500 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'400. CHF 3'900 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 1'456 (ohne Mehrwertsteuer).

Der Abteilungspräsident

Zürn