



Fall-Nr.: B 2017/210
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 26.10.2017
Entscheiddatum: 26.10.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 26.10.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 34 Abs. 1 VöB. Gemäss Art. 34 Abs. 1 VöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Die Bestimmung räumt dem Auftraggeber sowohl bei der Erstellung der Beurteilungsmatrix als – aufgrund ihrer technischen Kenntnisse – auch bei der Bewertung der massgeblichen Kriterien einen weiten Ermessensspielraum ein. Dass die Vergabebehörde das von der Beschwerdeführerin eingereichte Angebot in vergaberechtswidriger Weise bewertet hätte, ist jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht erkennbar. Dem Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, wird nicht entsprochen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/210).

Verfahrensbeteiligte

Optimatik AG, Alte Haslenstrasse 5, 9053 Teufen AR,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Politische Gemeinde Goldach, Gemeinderat, 9403 Goldach,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

und



Görlitz Schweiz AG, Lorzenparkstrasse 2, 6330 Cham,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe MDM und Laststeuerung als Dienstleistung / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Mit Beschwerde vom 12. Oktober 2017 hat die Optimatik AG (Beschwerdeführerin) gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Goldach (Vorinstanz) am 29. September 2017 verfügten und am 2. Oktober 2017 zugestellten Zuschlag für die Beschaffung eines Metering Data Management und Laststeuerung als Dienstleistung an die Görlitz Schweiz AG (Beschwerdegegnerin) beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Oktober 2017 den Abschluss des Vertrags einstweilen. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 19. Oktober 2017, unter Kostenfolge sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren, und reichte dem Gericht die Vergabeakten ein. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in



St.Galler Gerichte

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 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, 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 Beschwerdeführerin macht geltend, es bestünden keine der Gewährung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen. Die Vorinstanz wolle ihr Versorgungsgebiet bis 2024 mit Smart Metern und Lastschaltgeräten ausgerüstet haben. Bis dahin könne weiterhin das alte System genutzt werden. Bei diesem langfristigen Zeithorizont bestehe offensichtlich keine zeitliche Dringlichkeit. Die Vorinstanz hält dem entgegen, ein Verzug führe dazu, dass für den üblichen Geräteersatz respektive Netzerweiterungen weitere Zähler beschafft werden müssten ohne Gewähr dafür, dass diese mit dem zukünftigen System verwendet werden könnten. Es sei möglich, dass diese Zähler frühzeitig wieder ersetzt oder entsorgt werden müssten. Ein flächendeckender Rollout innerhalb von sieben Jahren sei ein ehrgeiziges Vorhaben. Bis 2024 müssten sämtliche heutigen Rundsteuerempfänger durch Lastschaltgeräte ersetzt sein, weil die SAK dann den Betrieb der heutigen Rundsteuerung, mit welcher Speicheröfen, Boiler, Wärmepumpen und Strassenbeleuchtungen gesteuert würden, einstelle.

Selbst wenn die Vorinstanz die bestehende Systemlandschaft mit Stromzählern, Lastschaltgeräten und dem damit kompatiblen, Gegenstand der vorliegenden Beschaffung bildenden Metering Data Management System mit Laststeuerung bis 2024 abgelöst haben muss und in ihrem Terminprogramm Etappenziele festgelegt hat (act. 8/Ordner 2, Register 2, Ziffer 2.15), ist nicht davon auszugehen, dass eine Verzögerung von einigen wenigen Monaten bei einer geplanten Dauer der



Projektrealisation von rund sieben Jahren eine rechtzeitige Umsetzung ausschliessen würde. Im Übrigen ist in Vergabeverfahren auch die Möglichkeit, dass ein Rechtsmittel ergriffen wird, zu berücksichtigen. Die der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegengesetzten öffentlichen Interessen, insbesondere die Dringlichkeit der Umsetzung des Vorhabens, erscheinen unter diesen Umständen nicht als sehr gewichtig.

2.2. Die Beschwerdeführerin hat für das Metering Data Management und Laststeuerung als Dienstleistung ein Basisangebot und eine Unternehmervariante eingereicht. Die Angebote beziehen sich auf die von der Landis+Gyr AG eingereichten Offerten – einer Basisofferte und einer Unternehmervariante – zur Lieferung von Smart Metern und Lastschaltgeräten (vgl. das Verfahren B 2017/207). Sie beanstandet die Bewertung ihrer Angebote nach einzelnen Unterkriterien.

2.2.1. Die Prüfungsbefugnis des Gerichts beschränkt sich entsprechend den Beschwerdegründen gemäss Art. 16 IVöB auf Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Abs. 1); nicht geltend gemacht werden kann Unangemessenheit (Abs. 2). Gemäss Art. 34 Abs. 1 VöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Die Bestimmung räumt dem Auftraggeber einen weiten Ermessensspielraum ein. Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Erstellung der Beurteilungsmatrix als – aufgrund ihrer technischen Kenntnisse – auch bei der Bewertung der massgeblichen Kriterien ein erhebliches Ermessen zu (vgl. BGE 125 II 86 E. 6, 141 II 14 E. 8.4.4).

2.2.2. Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin erzielten bei einem Maximum von 100 Punkten 72 (Beschwerdegegnerin) beziehungsweise 67,6 (Beschwerdeführerin Basisangebot) und 60,3 Punkte (Beschwerdeführerin Unternehmervariante). Die Bewertung setzt sich im Einzelnen wie folgt zusammen:

je Unterkriterium maximal 4 Punkte Görlitz Schweiz AG Optimatik AG Optimatik AG
(U)

Zweckmässigkeit	40	32.75	21.75	14
-----------------	----	-------	-------	----



St.Galler Gerichte

- Funktionalität	14	3.5 -> 12.25	2.5 -> 8.75	1 -> 3.5
- Bedienung / Konfiguration	10	3 -> 7.5	2 -> 5	1 -> 2.5
- Änder- und Erweiterbarkeit	8	3 -> 6	2 -> 4	2 -> 4
- Verfügbarkeit	8	3.5 -> 7	2 -> 4	2 -> 4
Preis (Wirtschaftlichkeit)	30	17.625	24.75	24.75
- Initial-/Betriebskosten 5 Jahre	20	1.9 -> 9.5	4 -> 20	4.95 -> 20
- Anschaffung /Installation Kom- munikationsinfrastruktur	1	3 -> 0.75	3 -> 0.75	3 -> 0.75
- Flexibilität Verträge	4	3 -> 3	1.5 -> 1.5	1.5 -> 1.5
- Zahlungsbedingungen, Er- füllungsgarantie Konventional- strafe Garantie	5	3.5 -> 4.375	2 -> 2.5	2 -> 2.5
Betrieb und Service	9	5.5	6.125	6.125
- Verfügbarkeit / Interven- tionszeiten	2	3 -> 1.5	2 -> 1	2 -> 1
- IT- / Datensicherheit	3	2 -> 1.5	2.5 -> 1.875	2.5 -> 1.875
- Zertifizierungen	2	2 -> 1	3 -> 1.5	3 -> 1.5



St.Galler Gerichte

- Standortnähe	1	3 -> 0.75	4 -> 1	4 -> 1
- Angebotsportfolio	1	3 -> 0.75	3 -> 0.75	3 -> 0.75
Technische Standards / Sicherheit	8	6	5.5	6
- Konzeption / Konfiguration	2	3 -> 1.5	3 -> 1.5	3 -> 1.5
- Zukunftstauglichkeit	2	3 -> 1.5	3 -> 1.5	3 -> 1.5
- Offenheit Schnittstellen	2	3 -> 1.5	3 -> 1.5	3 -> 1.5
- Sicherheit Best Practice	2	3 -> 1.5	2 -> 1	3 -> 1.5
Projektabwicklung	8	5.75	5.5	5.5
- Akzeptanz Musterwerkvertrag	1	3 -> 0.75	3 -> 0.75	3 -> 0.75
- Akzeptanz Mustervertrag Service	1	3 -> 0.75	3 -> 0.75	3 -> 0.75
- Erfahrung Projektabwicklung	1	3 -> 0.75	3 -> 0.75	3 -> 0.75
- Erfahrung Strom/Wasser/Gas	1	3 -> 0.75	3 -> 0.75	3 -> 0.75
- Erfahrung Anbindung Verrechn.	1	3 -> 0.75	3 -> 0.75	3 -> 0.75
- Referenzanlagen	1	2 -> 0,5	1.5 -> 0.375	1.5 -> 0.375
- Aufbau Projektorganisation	1	3 -> 0.75	2.5 -> 0.625	2.5 -> 0.625
- Gewährleistung Termine	1	3 -> 0.75	3 -> 0.75	3 -> 0.75



St.Galler Gerichte

Systempräsentation	5	4.375	3.925	3.925
- Einfache Bedienung	1	3.5 -> 0.875	2.8 -> 0.7	2.8 -> 0.7
- Bedienung bei Störbewältigung	2	3.5 -> 1.75	3.2 -> 1.6	3.2 -> 1.6
- Übersichtlichkeit	1	3.5 -> 0.875	3 -> 0.75	3 -> 0.75
- Verständlichkeit Systemerklärung	1	3.5 -> 0.875	3.5 -> 0.875	3.5 -> 0.875
Total	100	72	67.55	60.3

Die vorinstanzliche Bewertung stützt sich auf eine eingehende technische Auswertung der Angebote mit synoptischen Darstellungen der Fragen an die Anbieter und deren Antworten zur Spezifikation Laststeuerung, zur Spezifikation E-Zähler, zur Spezifikation MDM-Zentrale, zur Spezifikation Prepayment, zu Service und Wartung sowie zu den Angaben der Firma und den kommerziellen Bedingungen (act. 8/Ordner 6, Register 3-8). Diese technische Auswertung war Grundlage für die Bewertungsmatrix, in welcher zu jedem Unterkriterium die günstigen und ungünstigen Aspekte der Angebote detailliert angeführt wurden (act. 8/Ordner 6, Register 11). Die Vorinstanz hat sich in der Vernehmlassung mit den einzelnen Einwendungen der Beschwerdeführerin zur Bewertung sowohl ihres Basisangebotes als auch ihrer Unternehmervariante detailliert auseinandergesetzt. Insbesondere hat sie die in der angefochtenen Verfügung vom 29. September 2017 aufgeführten Gründe, welche zu einer tieferen Bewertung des Basisangebots wie auch der Unternehmervariante geführt haben, anhand ihrer Fragen und der von der Beschwerdeführerin darauf gegebenen Antworten nachvollziehbar konkretisiert. Bei der Bewertung der Angebote nach den technischen Zuschlagskriterien ist die Vorinstanz differenziert – sie hat je Zuschlagskriterium zahlreiche Unterkriterien definiert – und transparent – sie hat die weitgehend in ihrem Ermessen liegende Benotung der Angebote nach den Unterkriterien detailliert und nachvollziehbar begründet – vorgegangen. Allerdings hat sie die Zuschlagskriterien „Technische Standards“ und „Projektentwicklung“ entgegen der Ankündigung in den Ausschreibungsunterlagen (act. 8/Ordner 2, Register 2, Ziffer 2.13) nicht mit



abnehmender, sondern mit gleicher Gewichtung bewertet. Da aber das Angebot der Beschwerdegegnerin beim relativ zu tief gewichteten Kriterium „Technische Standards“ im Vergleich zum Basisangebot der Beschwerdeführerin einen halben Punkt besser bewertet wurde, würde sich eine erhöhte Gewichtung dieses Kriteriums weiter zu Lasten der Beschwerdeführerin auswirken. Auch die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin erzielte bei diesem Kriterium nicht mehr, sondern gleich viele Punkte wie das Angebot der Beschwerdegegnerin. Zudem liegt diese Variante in der Bewertung insgesamt deutlich hinter dem Angebot der Beschwerdegegnerin zurück. Auch eine etwas höhere Gewichtung des Zuschlagskriteriums „Technische Standards“ zu Lasten des Kriteriums „Projektentwicklung“ vermöchte deshalb am Endergebnis nichts zu ändern.

Unter diesen Umständen ist jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung und unter Berücksichtigung, dass die Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts ohnehin auf eine Rechtskontrolle beschränkt ist, nicht erkennbar, dass die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin eingereichten Angebote in vergaberechtswidriger Weise bewertet hätte.

2.2.3. Dieser Schluss wird durch eine punktuelle Prüfung einzelner Vorbringen der Beschwerdeführerin bestätigt. Sie beanstandet die Bewertung ihrer Angebote bei einzelnen Aspekten – Verschlüsselung der Kommunikation zu den Lastschaltgeräten, Verfügbarkeit der Lastschaltfunktionalität auf der Basis der von der Anbieterin favorisierten Kommunikationstechnologie – mit dem Hinweis auf die von ihr angebotene Unternehmervariante. Die Vorinstanz führt dazu aus, sie habe die Unternehmervariante nicht zulassen können, da der Softwareteil Laststeuermodul nicht angeboten und die Fragen dazu nicht beantwortet worden seien. Abgesehen davon, dass die Vorinstanz gemäss Art. 27 Abs. 2 VöB nicht verpflichtet ist, Varianten zu berücksichtigen, und sich auch aus den Ausschreibungsunterlagen – festgehalten wurde einzig, unter welchen Voraussetzungen Unternehmervarianten geprüft würden (act. 8/Ordner 2, Register 2, Ziff. 2.6 der Ausschreibungsunterlagen) – keine entsprechende Verpflichtung ergibt, hat sie die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin einer detaillierten Prüfung unterzogen, welche indessen zu insgesamt weniger Punkten als das Basisangebot geführt hat. Im Übrigen bestätigt die synoptische Darstellung der Fragen und Antworten im Kapitel Spezifikation



Laststeuerung / Laststeuer-Modul, dass die Beschwerdeführerin zu den Fragen in den Abschnitten 1-6 bezüglich der Unternehmervariante keine Angaben gemacht hat (act. 8/Ordner 6, Register 3, S. 11 – 21; act. 8/Ordner 4, Register 1, S. 8 – 15).

Die Beschwerdeführerin beanstandet den Hinweis der Vorinstanz auf Mängel des Angebots im Bereich Lastschalten. Sie habe bei der Systempräsentation mit Folie 98 aufgezeigt, dass Befehle aus der Zentrale eine Sperrdauer im Lastschaltgerät auslösen könnten und dass die entsprechende Konfiguration der Lastschaltgeräte enorm flexibel sei. Abgesehen davon, dass der Inhalt der Präsentation bzw. die genannte Folie – worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist – weder Bestandteil des Angebots war noch mit den Antworten zu den Fragen zum Angebot eingereicht wurde, attestiert die Beschwerdeführerin, dass mit diesen Funktionen die angeforderten Anwendungsfälle lediglich „gleichwertig“ abgedeckt werden könnten.

3. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

4. Der Beschwerdegegnerin ist eine Frist bis 20. November 2017 anzusetzen, um sich zur Beschwerde in der Sache vernehmen zu lassen. Der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, innert gleicher Frist gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 19. Oktober 2017 zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung 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 5'600 zu verrechnen. CHF 4'100 verbleiben bei der Hauptsache. Über ausseramtliche Kosten ist mangels Anspruchs der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin und Antrags der Beschwerdegegnerin nicht zu befinden (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP).



Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, **bis 20. November 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 19. Oktober 2017 zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). 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 5'600. CHF 4'100 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtliche Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Eugster