



Fall-Nr.: B 2015/104
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.02.2020
Entscheiddatum: 24.06.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 24.06.2015

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Der Preis, zu welchem die Vergabebehörde den Zuschlag erteilt hat, umfasste – anders als der Preis, welcher der Bewertung der Angebote zugrunde lag – keinen fünfjährigen Wartungsvertrag. Unter diesen Umständen ist unklar, welchen Inhalt der künftige Vertrag haben sollte. Die Beschwerdegegnerin hatte keine Gelegenheit, die Wartungskosten für einen fünfjährigen Servicevertrag zu offerieren. Bei der Beschwerdeführerin und bei der Beschwerdegegnerin wurden eine unterschiedliche Anzahl Serviceabonnemente berücksichtigt. Die Ausschreibung und die Erteilung des Zuschlags für die Erstellung von Aufzügen unter Berücksichtigung von fünfjährigen Serviceverträgen, welche weder Gegenstand der Ausschreibung noch des Zuschlags waren, steht im Widerspruch zum Transparenzgebot. Da die Angebote bei allen Bewertungskriterien nahe beieinander liegen, ist nicht absehbar, wie sich allfällige Korrekturen bei der Berechnung der Nettopreise und/oder der Anzahl Wartungsverträge und mögliche Preisänderungen des Angebots der Beschwerdegegnerin, wenn sie die Wartungskosten mit Blick auf einen fünfjährigen Servicevertrag offerieren kann, auswirken werden. Unter Berücksichtigung der fehlenden besonderen Dringlichkeit des Vertragsabschlusses ist der Beschwerde deshalb die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/104).

Verfügung vom 24. Juni 2015

Verfahrensbeteiligte

AS Aufzüge AG, Erlistrasse 3, 6403 Küssnacht am Rigi,

Beschwerdeführerin,

gegen



St.Galler Gerichte

Verein RHYBOOT, Bodenstrasse 52, 9436 Balgach,

Zustelladresse: Bahnhofstrasse 51, 9450 Altstätten,

Vorinstanz,

und

Köppel-Aufzüge AG, Wieslistrasse 9, 9434 Au SG,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Werner Ritter, Ritter Advokatur,
Im Forum, Bahnhofstrasse 24, Postfach 142, 9443 Widnau,

Gegenstand

Vergabe Neubau Werkstätten (Aufzüge) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Mit Beschwerde vom 12. Juni 2015 hat die AS Aufzüge AG (Beschwerdeführerin) den vom Verein RHYBOOT (Vorinstanz) am 28. Mai 2015 verfügten und am 2. Juni 2015 versandten Zuschlag für die Aufzüge des Neubaus der Werkstätten an die Köppel-Aufzüge AG (Beschwerdegegnerin) beim Verwaltungsgericht angefochten und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 15. Juni 2015 superprovisorisch den Abschluss des Vertrags. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin beantragten mit Vernehmlassungen vom 19. Juni 2015, das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten, welche die Vorinstanz dem Gericht am 19. Juni 2015 einreichte, wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:



St.Galler Gerichte

1. Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde.

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 Beschwerdeführerin macht geltend, die Termine für die Beschaffung und Installation der Aufzüge könne dem Verlauf des Verfahrens gemäss angepasst werden. Die Vorinstanz müsse die Dauer von Beschwerdeverfahren einberechnen. Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, das Beschwerdeverfahren werde dazu führen, dass wegen der Bauverzögerung eine wichtige Einrichtung für behinderte Menschen nicht wie vorgesehen in Betrieb genommen werden könne. Das Interesse der Beschwerdeführerin sei demgegenüber ausschliesslich finanzieller und prozessualer Natur. Eine wirtschaftliche Einbusse könne ohne weiteres durch eine Schadenersatzzahlung abgegolten werden. In der Einladung (act. 2/4) wird als voraussichtlicher Ausführungstermin das zweite Quartal 2016 genannt. Für die Realisation des Neubaus wird der Zeitraum von Juli 2015 bis Mai 2017 vorgesehen (vgl. objektspezifische Bedingungen, act. 2/3). Auch wenn der Vertrag über die Erstellung der Aufzugsanlagen nicht umgehend abgeschlossen werden kann, sondern der Ausgang des Beschwerdeverfahrens noch abgewartet werden muss, erscheint der Realisationstermin weder was die Erstellung der Aufzüge noch den Bau der Werkstätten insgesamt anbelangt, gefährdet. Unter diesen Umständen stehen der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde keine erheblichen öffentlichen Interessen entgegen.

2.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet in erster Linie die Bewertung der Angebote nach dem Preiskriterium.



2.2.1. Die Beschwerdeführerin reichte ein Angebot zum Preis von CHF 237'358.15 netto inklusive Mehrwertsteuer ein. In diesem Preis waren keine Wartungskosten enthalten (Ziffern 911.004 und 911.006 des Devis; act. 6/1 Seiten 17/18) enthalten. Zur Ermittlung des allfälligen Zuschlagpreises erhöhte die Vorinstanz den Bruttopreis ohne Mehrwertsteuer um CHF 6'485 (2 Personenaufzüge x CHF 2'105, 1 Warenaufzug x CHF 2'285; act. 6/2), netto mit Mehrwertsteuer um CHF 6'210.25 (95,763 Prozent) auf CHF 243'568.40. Das Angebot der Beschwerdegegnerin zum Preis von CHF 249'643.25 netto inklusive Mehrwertsteuer enthielt bereits Wartungskosten brutto ohne Mehrwertsteuer von CHF 5'250 (3 Personenaufzüge x CHF 1'250, 1 Warenaufzug x CHF 1'500; act. 6/4 Seiten 17/18). Dies führte zu einer Benotung des Angebots der Beschwerdeführerin mit vier und – ausgehend von einer Preisspanne von dreissig Prozent – zu einer Benotung des teureren Angebots der Beschwerdegegnerin mit 3,67. Bei einer Gewichtung des Preises mit 55 Prozent ergab sich eine Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin mit 2,2 und des Angebots der Beschwerdegegnerin mit 2.02 gewichteten Punkten, mithin ein Vorsprung des Angebots der Beschwerdeführerin von 0,18 gewichteten Punkten, den die Beschwerdegegnerin auch mit der um 0,1 gewichtete Punkte besseren Bewertung ihres Angebots beim Kriterium der Lehrlinge nicht aufholen konnte (Bewertungsmatrix vom 6. Mai 2015, act. 2/7).

Die Aufrechnung von Wartungskosten bei der Beschwerdeführerin entspricht zwar den Vorgaben des Devis, in welchem jährliche Wartungskosten für lediglich drei Aufzüge anzugeben waren und ihrer Offerte bei Abschluss eines fünfjährigen Wartungsvertrages. Die Aufrechnung hat allerdings nicht zu vergleichbaren Angebotspreisen geführt, da sich die jährlichen Wartungskosten beim Angebot der Beschwerdegegnerin auf drei Personenaufzüge und einen Warenaufzug, beim Angebot der Beschwerdeführerin auf zwei Personenaufzüge und einen Warenaufzug beziehen. Eine Erhöhung des zu bewertenden Preises bei der Beschwerdeführerin um die Wartungskosten für einen weiteren Personenaufzug während eines Jahres von CHF 2'015.81 (95,763 Prozent von CHF 2'105) auf CHF 245'584.21 würde dazu führen, dass die Beschwerdegegnerin nach wie vor teurer wäre, ihr Angebot aber beim Preiskriterium 2,08 gewichtete Punkte erzielen und sich der Rückstand beim Preis auf 0,12 reduzieren würde. Bei im Übrigen unveränderter Bewertung bliebe das Angebot der Beschwerdeführerin mit 3,7 gewichteten Punkten gegenüber dem Angebot der Beschwerdegegnerin mit 3,68 gewichteten Punkten das wirtschaftlich günstigere.



2.2.2. Nachdem sich die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz erkundigt hatte, weshalb der Zuschlag nicht ihr, sondern der Beschwerdegegnerin mit dem schlechter bewerteten Angebot erteilt wurde, händigte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine andere Angebotsauswertung aus, nach welcher sie von Offertsummen des Angebots der Beschwerdeführerin von CHF 269'342.20 und des Angebots der Beschwerdegegnerin von CHF 270'962.45 ausging. Die Vorinstanz begründet die abweichende Festsetzung der für die Beurteilung massgebenden Preise damit, bei der ersten Matrix seien die Wartungskosten für ein Jahr, bei der zweiten Matrix für fünf Jahre berücksichtigt worden. Mit der Ausschreibung sei unter Ziffer 911.004 und 911.006 ausdrücklich nach den jährlichen Kosten für den Wartungsvertrag mit Notfallservice gefragt worden. Die Beschwerdegegnerin führt aus, bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit seien die Kosten während der gesamten Lebensdauer eines Anlageteils zwingend einzubeziehen. Die Berücksichtigung eines Servicevertrags auf fünf Jahre führte für das Angebot der Beschwerdeführerin beim Preiskriterium zur unveränderten Note vier und – wiederum von einer Preisspanne von dreissig Prozent ausgehend – für das teurere Angebot der Beschwerdegegnerin zur Note 3,92. Bei einer Gewichtung des Preises mit 55 Prozent ergab sich eine Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin mit 2,2 und des Angebots der Beschwerdegegnerin mit 2,16 gewichteten Punkten, so dass sich der Vorsprung des Angebots der Beschwerdeführerin auf lediglich noch 0,04 gewichtete Punkte reduzierte. Bei der unveränderten Bewertung der Angebote bei den übrigen Kriterien büsste die Beschwerdeführerin diesen Vorsprung mit der um 0,1 gewichtete Punkte ungünstigeren Beurteilung nach dem Lehrlingskriterium ein.

2.2.3.

Ziel der Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens ist gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB die Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens. Die Bieter müssen dementsprechend zum Voraus genau darüber informiert werden, welche – nicht dem Offertpreis entsprechenden – künftigen Kosten in welche Weise bewertet werden sollen (vgl. Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2010.00708 vom 28. September 2011 E. 5.2 und 5.3.2, M. Beyeler, Die Rechtsprechung 2012-2013, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 465 ff., S. 595 f.).



St.Galler Gerichte

Gegenstand der im Einladungsverfahren eingeholten Angebote ist die Erstellung der Aufzüge im Neubau der Werkstätten. Grundlage der Offerte war die Ziffer 361 des Baukostenplanes (BKP). Die Haupt-Leistungen bezogen sich denn auch eindeutig auf die Erstellung der Anlagen (Ziffer 012). Unter den Ziffern 911.004 und 911.006 war zwar auch nach den Kosten pro Jahr für Wartungsverträge mit Notfallservice gefragt. Die Vorinstanz anerkennt jedoch, keine Laufzeit für einen allfälligen Wartungsvertrag festgesetzt zu haben. Die Anbieter mussten bzw. konnten deshalb nicht davon ausgehen, dass Gegenstand der Ausschreibung auch ein mehrjähriger Wartungsvertrag sein könnte. Unter diesen Umständen erscheint es fragwürdig, bei der Ermittlung des Angebotspreises nicht von den Erstellungskosten und den Kosten für die Wartung im – auf die Erstellung folgenden – Jahr abzustellen. Während die Beschwerdeführerin in der Beilage die Wartungskosten bei fünfjährigem und bei zehnjährigem Servicevertrag bezifferte, hatte die Beschwerdegegnerin keine Gelegenheit, sich dazu zu äussern, welche Kosten sie bei einem fünfjährigen Wartungsabonnement in Rechnung stellen würde. Insoweit ist – wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht – unklar, welchen Inhalt ein mehrjähriger Wartungsvertrag haben würde.

Die Vorinstanz macht geltend, sie habe der Zuschlagsverfügung die falsche Bewertungsmatrix beigelegt. Damit ergibt sich eine Differenz zwischen dem Preis, zu welchem der Zuschlag gemäss Verfügung vom 28. Mai 2015 an die Beschwerdegegnerin erteilt wurde – nämlich CHF 249'643.25 – einerseits, und der Grundlage für die Bewertung des Preiskriteriums gemäss Angebotsauswertung andererseits – nämlich CHF 270'962.45 – andererseits. Ob mit dem Zuschlag vom 28. Mai 2015 auch die Verpflichtung zum Abschluss eines fünfjährigen Wartungsvertrags zu den finanziellen Bedingungen einhergeht, wie sie der Preis in der Angebotsauswertung nahelegt, ist damit unklar. Mit der Rechtskraft des Zuschlags, welcher das öffentlich-rechtliche Verfahren der Vergabe abschliesst, müssen indessen alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen. Dazu gehören neben der Wahl des Vertragspartners insbesondere die zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen, und damit vorab auch der Preis, zu welchem die Vergabebehörde das mit dem Zuschlag bedachte Angebot annehmen will. Im Rahmen des Vertragsabschlusses, welcher gestützt auf den Zuschlag erfolgt, dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst



die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden, welche dieses Verfahren zu gewährleisten hat, wieder infrage gestellt würde. Im Zeitpunkt des Vergabeentscheides muss den Anbietenden wie der Vergabeinstanz bekannt sein, welchen Inhalt der künftige Vertrag im Fall eines Zuschlags für sie haben wird (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1089).

Hinzu kommt, dass auch bei der Berechnung des bewerteten Angebotspreises unter Berücksichtigung eines fünfjährigen Wartungsvertrags die Berechnungsgrundlagen für die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin ungleich waren. Schliesslich ist anhand der Angebotsvergleiche nicht nachvollziehbar, welche Abzüge und Zuschläge berücksichtigt wurden, um von der Erhöhung der Bruttopreise ohne Mehrwertsteuer um die Kosten für fünfjährige Wartungsverträge zum Nettopreis mit Mehrwertsteuer zu gelangen.

2.3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde insoweit als begründet, als zumindest bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch bei Bereinigung der Berechnungsgrundlagen für die Wartungskosten gemäss Devis das Angebot der Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigere ist. Die Ausschreibung und die Erteilung des Zuschlags für die Erstellung von Aufzügen unter Berücksichtigung von fünfjährigen Serviceverträgen, welche weder Gegenstand der Ausschreibung noch des Zuschlags waren, steht im Widerspruch zum Transparenzgebot. Da die Angebote bei allen Bewertungskriterien nahe beieinander liegen, ist nicht absehbar, wie sich allfällige Korrekturen bei der Berechnung der Nettopreise und/oder der Anzahl Wartungsverträge und mögliche Preisänderungen des Angebots der Beschwerdegegnerin, wenn sie die Wartungskosten mit Blick auf einen fünfjährigen Servicevertrag offerieren kann, auswirken werden. Unter Berücksichtigung der fehlenden besonderen Dringlichkeit des Vertragsabschlusses ist der Beschwerde deshalb die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin sind aufzufordern, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 10. Juli 2015 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Nach unbenütztem Ablauf der Frist wird der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen.



Innert derselben Frist haben die Verfahrensbeteiligtem dem Gericht jene Teile der Angebote konkret zu bezeichnen, die nach ihrer Auffassung Geschäftsgeheimnisse enthalten und deshalb nicht offengelegt werden sollen. Nach unbenütztem Ablauf der Frist wird umfassende Akteneinsicht gewährt.

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 **10. Juli 2015** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden. Die Gerichtsferien gelten nicht.

Innert derselben Frist haben die Verfahrensbeteiligten dem Gericht jene Teile der Angebote konkret zu bezeichnen, die nach ihrer Auffassung Geschäftsgeheimnisse enthalten und deshalb nicht offengelegt werden sollen. Nach unbenütztem Ablauf der Frist wird umfassende Akteneinsicht gewährt.

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

Der Präsident

Eugster