



Fall-Nr.: B 2015/188
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.02.2020
Entscheiddatum: 13.10.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 13.10.2015

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Beschwerdeführerin beanstandet den Ausschluss ihres Angebots, in welchem sie Server anstatt mit den geforderten 512 GB Ram mit 128 GB Ram offerierte. Zumal die Beschwerdeführerin in den Fragen an die Vergabebehörde die Auffassung vertrat, es könnten auch Server geringerer Kapazität eingesetzt werden, ist nicht auszuschliessen, dass das Angebot nicht allein mit der Anpassung der offerierten Server hätte bereinigt werden können, sondern dass auch die von der Beschwerdeführerin offerierte Architektur des Rechenzentrums hätte angepasst werden müssen. Mit dem Ausschluss des Angebots hat die Vergabebehörde jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung keine vergaberechtlichen Grundsätze verletzt. Dementsprechend ist das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/188).

Verfügung vom 13. Oktober 2015

Verfahrensbeteiligte

Bechtle Schweiz AG, Zweigniederlassung IT-Systemhaus St. Gallen,
Gaiserwaldstrasse 6, 9015 St. Gallen,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Stiftung Ostschweizer Kinderspital, Claudiusstrasse 6, 9006 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,



und

LAKE SOLUTIONS AG, Neugutstrasse 16, 8304 Wallisellen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Homogenisierung und Teilersatz Infrastruktur SOKS; Ausschluss vom Verfahren / aufschiebende Wirkung

Der Vizepräsident stellt fest:

Mit Verfügung vom 21. September 2015 schloss die Stiftung Ostschweizer Kinderspital (SOKS, Vorinstanz) die Bechtle Schweiz AG (Beschwerdeführerin) vom Vergabeverfahren für den Ersatz verschiedener Hard- und Softwarekomponenten im Rahmen des Projektes „Homogenisierung und Teilersatz Infrastruktur SOKS“ aus und erteilte den Zuschlag der LAKE SOLUTIONS AG (Beschwerdegegnerin). Gegen den Ausschluss erhob die Bechtle Schweiz AG durch ihre Zweigniederlassung IT-Systemhaus St. Gallen mit Eingabe vom 28. September 2015 (Postaufgabe: 29.09.15) Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag „auf Einstellung des Verfahrens und eine Neuausschreibung“. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 30. September 2015 den Abschluss des Vertrags und gab der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin – ohne Androhung von Säumnisfolgen – Gelegenheit, innert der noch offenen Beschwerdefrist gegebenenfalls ihr Rechtsbegehren zu präzisieren und sich zu ihrer Partei- und Prozessfähigkeit zu äussern. Er ging davon aus, der Antrag der Beschwerdeführerin sei im Lichte der Beschwerdebeurteilung bei nur summarischer Prüfung sinngemäss als Anfechtung des Ausschlusses zu verstehen und beinhalte deshalb auch ein stillschweigendes Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die Verfügung ging der Beschwerdeführerin per Fax am 30. September 2015 zu und wurde gleichentags auch mit A-Post versandt. Die Beschwerdeführerin liess sich innerhalb der Beschwerdefrist, aber auch später nicht vernehmen.



Mit Vernehmlassung vom 5. Oktober 2015 beantragte die Vorinstanz, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei das sinngemässe Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, eventualiter der Beschwerdeführerin eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Auf die Ausführungen zur Begründung der Anträge der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz sowie die von ihnen eingereichten Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Vizepräsident erwägt:

1. Indem der Präsident des Verwaltungsgerichts trotz noch offener Beschwerdefrist mit der verfahrensleitenden Verfügung vom 30. September 2015 der Vorinstanz den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagte, erblickte er im Antrag der vom Vergabeverfahren ausgeschlossenen Beschwerdeführerin auf Einstellung des Verfahrens und Neuausschreibung jedenfalls bei summarischer Prüfung auch ein stillschweigendes Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) muss die Beschwerde unter anderem einen Antrag enthalten. Der Inhalt des Antrags ist – soweit er sich nicht von selbst versteht – durch Auslegung zu ermitteln. Hierbei ist neben dem Wortlaut vor allem auch die Begründung als Auslegungshilfe heranzuziehen. Die Auslegung soll nach dem Grundsatz von Treu und Glauben erfolgen (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 916). Die von der anwaltlich nicht vertretenen Beschwerdeführerin beantragte „Einstellung des Verfahrens“ müsste die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die „Neuausschreibung“ die Möglichkeit, die bereinigten Angebote einzureichen, nach sich ziehen. Dass die Beschwerdeführerin das Verfahren in der Absicht führt, nicht nur nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden, sondern schliesslich selbst den Zuschlag zu erhalten, ergibt sich aus der Begründung, wonach ihr Angebot bei CHF 807'000 und damit CHF 226'000 unter dem Angebot der Beschwerdegegnerin liege und dem Hinweis in der angefochtenen Verfügung, es seien für die Vergabe Angebote mit Offertsummen von CHF 971'046 bis 1'458'720 berücksichtigt worden. Entsprechend der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. B 2014/210, Präsidialverfügung vom 27. Oktober 2014, www.gerichte.sg.ch) ist jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung aus dem – ausgelegten – Antrag



der Beschwerdeführerin auf ein stillschweigendes Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu schliessen. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin ihren Antrag innerhalb der noch offenen Beschwerdefrist nicht entsprechend klargestellt hat.

2. Der Entscheid über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) in die Zuständigkeit des Präsidenten des Verwaltungsgerichts. Der Vizepräsident vertritt den Präsidenten bei dessen Verhinderung in allen Obliegenheiten (Art. 3 Abs. 1 des Reglements über Organisation und Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts sowie über die Aufsicht über das Versicherungsgericht und die Verwaltungsrekurskommission, sGS 941.22).

3. Wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint (dazu nachfolgend Erwägung 3.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (dazu nachfolgend Erwägung 3.1) kann ihr die aufschiebende Wirkung gewährt werden (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).

3.1. Die Vorinstanz bringt gegen die beantragte Gewährung der aufschiebenden Wirkung zur Interessenabwägung vor, die auf zwei Rechenzentren verteilte, redundante Infrastruktur müsse dringend ersetzt werden. Als Leistungserbringerin im Gesundheitswesen sei sie auf eine einwandfreie Infrastruktur angewiesen. Durch neue gesetzliche Vorgaben sowie den vermehrten Einsatz von Video- und Bilddateien im Untersuchungsbereich werde das Datenwachstum in den kommenden Jahren drastisch ansteigen. Eine aufschiebende Wirkung habe „kaum abschätzbare Folgen – wohl nicht bezüglich der einzelnen Behandlungen, da diese ohne weiteres auch bei Wettbewerbern durchgeführt werden können, sondern bezüglich der SOKS als zuverlässige Leistungserbringerin“. Wie diese Ausführungen zu verstehen sind, ist unklar. Gegenstand der Vergabe ist der Ersatz der Hardware eines Rechenzentrums. Eine solche Ablösung verlangt eine längerfristige und eingehende Planung und wird regelmässig nicht erst dann in Angriff genommen, wenn die Zwecktauglichkeit des



bestehenden Systems zeitlich unmittelbar in Frage steht. Dies gilt umso mehr, als bei Informatikprojekten wie dem vorliegenden auch mit unvorhersehbaren technischen Schwierigkeiten bei der konkreten Umsetzung gerechnet werden muss. Zudem ist die Vergabebehörde bei der zeitlichen Planung grundsätzlich gehalten, auch die Möglichkeit eines Beschwerdeverfahrens in Betracht zu ziehen. Dementsprechend schliesst die Interessenlage eine Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht von vornherein aus.

3.2.

3.2.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie sei vom Verfahren ausgeschlossen worden, weil sie bei den Blade Servern anstatt mit den geforderten 512 MB (richtig GB) Ram mit 128 MB (richtig GB) Ram offeriert habe. Die Anpassung führe – bei einem Offertpreis von über CHF 800'000 – zu einem Mehrpreis von lediglich CHF 9'000. Der Ausschluss sei deshalb nicht nachvollziehbar.

Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, sie habe – auf die Feststellung der Gesuchstellerin, 14x DL380G7 mit 2x Xeon E5640 und je 144GB RAM seien konsolidierbar und dennoch mit deutlich höherer Gesamtleistung abbildbar – festgehalten, sie wünsche aus Gründen der Vergleichbarkeit eine Offerte mit den 14 geforderten Servern; sehe der Anbieter Verbesserungspotential, könne er zusätzlich eine Variante einreichen (act. 7/1, Register 1, Frage 72). Erforderlich sei nicht bloss eine marginale Anpassung des Angebotes, sondern eine Erhöhung der Speicherleistung der 14 Server um das Vierfache. Da das Preisblatt in der Tabelle "Kosten" die geforderten Leistungen genau spezifiziert habe und aus den Vergabeunterlagen deutlich folge, dass Anbieter, welche die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllten, ausgeschlossen werden müssten, habe die Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden müssen. Die Beschwerdeführerin habe jedenfalls keinen Anspruch darauf, dennoch und trotz klarer Nichterfüllung der technischen Spezifikationen in die Evaluation einbezogen zu werden, zumal eine derartige Korrektur einer Offerte im Rahmen der Offertbereinigung unzulässig sei und gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter verstosse.

3.2.2. Gemäss Art. 28 VöB reicht der Anbieter den Antrag auf Teilnahme und das Angebot der in der Ausschreibung bezeichneten Stelle innert der bekannt gegebenen



Frist schriftlich, unterzeichnet und vollständig ein (Abs. 1); Antrag auf Teilnahme und Angebot sind vollständig, wenn alle vom Auftraggeber verlangten Unterlagen vollständig ausgefüllt eingereicht werden (Abs. 4). Der Auftraggeber prüft gemäss Art. 31 VöB die Angebote nach einheitlichen Kriterien (Abs. 1), korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler (Abs. 2) und kann – sind Angaben eines Angebots unklar – vom Anbieter Erläuterungen verlangen, die schriftlich festgehalten werden (Abs. 3). Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn der Anbieter wesentliche Formvorschriften dieser Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf (und soll) aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss einer Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (vgl. BGer 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b IVöB verbietet es, dass die Vergabebehörde oder ein Submittent im Rahmen der Offertbereinigung ein Angebot ergänzt oder ändert (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 684). Es ist deshalb nicht zulässig, ein Angebot, welches die ausgeschriebenen Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen teilweise nicht einhält (ohne eine zulässige Variante zu sein) und damit wegen Ausschreibungswidrigkeit auszuschliessen wäre, via Verhandlungen ausschreibungskonform zu machen (vgl. den Hinweis bei M. Beyeler, Vergaberechtliche Urteile 2012 – 2013, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 467 ff., S. 532 f.).

3.2.3. Das Angebot der Beschwerdeführerin weicht – indem darin Server mit einer Kapazität von 128 GB RAM offeriert werden – von den Anforderungen der Ausschreibung, welche eine Speicherkapazität von 512 GB RAM verlangt, unbestrittenermassen ab. Insbesondere auf dem Hintergrund der von der Beschwerdeführerin gemäss Frage 72 vertretenen Auffassung, das Rechenzentrum könne die geforderte Leistung bei entsprechendem technischem Aufbau auch mit Servern geringerer Kapazität erbringen, ist nicht auszuschliessen, dass das Angebot nicht allein mit der Anpassung der offerierten Server bereinigt werden könnte, sondern



dass auch die von der Beschwerdeführerin offerierte Architektur des Rechenzentrums angepasst werden müsste. Unter diesen Umständen war es nicht ausgeschlossen, dass mit der Anpassung der offerierten Server an die Anforderungen der Ausschreibung nicht bloss eine – nach Auffassung der Beschwerdeführerin untergeordnete – Bereinigung des Angebots nach sich ziehen würde, sondern mit einer erheblichen Umgestaltung des Angebots in technischer Hinsicht verbunden gewesen wäre. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz, jedenfalls bei der im Verfahren zur Beurteilung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung gebotenen summarischen Prüfung keine vergaberechtlichen Grundsätze verletzt, wenn sie die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausschloss.

4. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Angesichts des Umstandes, dass der Beschwerde im parallelen Verfahren B 2015/191 die aufschiebende Wirkung zu gewähren war, führt die Abweisung des entsprechenden Gesuchs im vorliegenden Verfahren indessen nicht dazu, dass die Vorinstanz befugt ist, den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen.

5. Zum Antrag der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei zu einer Sicherheitsleistung gemäss Art. 17 Abs. 3 Satz 1 IVöB zu verpflichten, ist anzumerken, dass einerseits der erhobene Kostenvorschuss in der Regel zur Deckung der amtlichen Kosten ausreicht und andererseits die Vorinstanz nicht anwaltlich vertreten ist und dementsprechend keinen Anspruch auf die Entschädigung von Vertretungskosten hat. Es erübrigt sich deshalb jedenfalls zurzeit, die Beschwerdeführerin zur Leistung einer Sicherheit für die Verfahrenskosten und mögliche Parteientschädigungen zu verpflichten. Andere Kosten können nicht Gegenstand einer Sicherheitsleistung im Sinn von Art. 17 Abs. 3 Satz 1 IVöB sein.

6. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin sind aufzufordern, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 4. November 2015 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen und aufgrund der vorhandenen Akten zu entscheiden.

7. Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.



Der Vizepräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 4. November 2015 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen und aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.
3. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Vizepräsident

Linder