



Fall-Nr.: B 2015/191
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 Ablösung der Hardware eines Rechenzentrums verlangt eine längerfristige und eingehende Planung. Sie 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. Unter diesen Umständen erscheint die Beschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei zu Unrecht wegen einer fehlenden Unterschrift vom Verfahren ausgeschlossen worden, jedenfalls als ausreichend begründet, zumal die Abgrenzung zwischen vorinstanzlicher Ermessensausübung und Verletzung des Verbots des überspitzten Formalismus nicht einfach ist (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/191).

Verfügung vom 13. Oktober 2015

Verfahrensbeteiligte

BUSINESS IT AG, Clarastrasse 21, 4058 Basel,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Armin Eugster, Rorschacher Strasse 107,
9000 St. Gallen,

gegen



St.Galler Gerichte

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 und Zuschlag / aufschiebende Wirkung

Der Vizepräsident stellt fest:

Mit Verfügung vom 21. September 2015 schloss die Stiftung Ostschweizer Kinderspital (SOKS, Vorinstanz) die BUSINESS IT AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) vom Vergabeverfahren für den Ersatz verschiedener Hard- und Softwarekomponenten im Rahmen des Projektes „Homogenisierung und Teilersatz Infrastruktur SOKS“ aus, weil die Preisblätter ihrer Angebote nicht unterzeichnet waren, und erteilte den Zuschlag der LAKE SOLUTIONS AG (Beschwerdegegnerin). Gegen den Ausschluss erhob die BUSINESS IT AG durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 2. Oktober 2015, die gleichentags beim Verwaltungsgericht einging, Beschwerde unter anderem mit dem Antrag, es sei ihr die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 2. Oktober 2015 den Abschluss des Vertrags.

Mit Vernehmlassung vom 7. Oktober 2015 beantragte die Vorinstanz, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. 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. 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).

2. Wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint (dazu nachfolgend Erwägung 2.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (dazu nachfolgend Erwägung 2.1) 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).

2.1. 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.

2.2.

2.2.1. Die Gesuchstellerin vertritt den Standpunkt, sie sei zu Unrecht und völlig willkürlich vom Verfahren ausgeschlossen worden. Nicht jede Unregelmässigkeit vermöge einen Ausschluss zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit dürfe von der Ungültigerklärung abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig sei und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolge, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt werde. Ein Angebot gelte dann als gültig unterzeichnet, wenn mindestens ein Angebotsbestandteil, der sich ausdrücklich oder stillschweigend auf alle übrigen Angebotsbestandteile beziehe, die eigenhändige Unterschrift des Bieters trage, insbesondere ein entsprechend abgefasstes Begleitschreiben oder das „Deckblatt“ der Offertunterlagen mit der Projektbezeichnung und der Nennung der offerierten Gesamtvergütung. Gemäss Pflichtenheft werde der Fragen- und Bewertungskatalog als wichtigste Grundlage für die Auswertung eingesetzt. Dieses, die weiteren ausdrücklich zu unterzeichnenden Beilagen und das Begleitschreiben vom 10. September 2015 (act. 2/3, Original von der Vorinstanz nicht eingereicht) seien rechtsgültig unterschrieben, so dass der Ausschluss wegen der nicht unterzeichneten Preisblätter einen geringfügigen Formfehler darstelle, der allerdings den fairen und namentlich transparenten Wettbewerb in keiner Weise tangiere. Die Beschwerdeführerin auszuschliessen statt ihr eine kurze Nachfrist zur Behebung des Versehens anzusetzen, stelle geradezu einen klassischen Fall des überspitzten Formalismus dar.

Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, Formstrenge im Vergabeverfahren sei grundsätzlich zu schützen. Entsprechend sei die Preiskalkulation, mithin ein für den Zuschlag wesentliches Kriterium, unverbindlich gewesen. Das Unterschriftserfordernis habe dann keine Ungültigkeit der Offerte zur Folge, wenn die Unterschrift an einer völlig unerheblichen und unsinnigen Stelle in den Offertunterlagen vorgesehen sei. Sinnvollerweise sollte der Anbieter deshalb einzig das Deckblatt mit der Gesamtpreissumme sowie das Selbstdeklarationsblatt unterzeichnen müssen. Beim Preisblatt handle es sich um ein zentrales Element einer Offerte, das zwingend zu



unterzeichnen sei beziehungsweise dessen fehlende Unterzeichnung nur durch explizite Erwähnung des Preises an einem andern Ort kompensiert werden könne. Das Begleitschreiben vom 10. September 2015 habe in keiner Weise auf den Preis Bezug genommen.

2.2.2. 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).

Aus Art. 28 Abs. 1 VöB, wonach das Angebot innert Frist und unterzeichnet einzureichen ist, einerseits, und aus Art. 31 Abs. 2 VöB, wonach der Auftraggeber offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler korrigiert, andererseits, ergibt sich, dass eine fehlende Unterzeichnung des Angebots nach Ablauf der Eingabefrist grundsätzlich nicht mehr nachgereicht werden kann. Ergänzende Beilagen können unter Umständen auch ohne Unterschrift akzeptiert werden, wenn das Hauptdokument unterschrieben ist (vgl. H. Lang, *Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen*, in: ZBI 101/2000 S. 225 ff., S. 235). In der Literatur wird zu den Folgen der fehlenden Unterschrift ausgeführt, die Vergabestelle habe dem Bieter, der im fraglichen Angebot erkennbar wird, umgehend nach der Offertöffnung eine angemessene, möglichst kurze Nachfrist zu gewähren, um die fehlende Unterschrift (oder die fehlenden Unterschriften) zu leisten, wobei zum einen kein anderes Angebot



erklärt werden dürfe, als es schon vorliege, und zum anderen bei unbenutzter Nachfrist nur ein Ausschluss infrage komme. Das gelte auch dann, wenn keine einzige Unterschrift vorhanden sei. Der umgehende Ausschluss wäre unverhältnismässig, weil damit aufgrund einer letztlich unwichtigen beziehungsweise korrekturfähigen Formalie eine wirtschaftlich womöglich sehr attraktive Offerte aus dem Wettbewerb ausschiede und weil die nachträgliche Leistung der Unterschrift den Wettbewerb in aller Regel in keiner Weise zu beeinträchtigen vermöge. Die Unterschrift diene – im Gegensatz zur eigentlichen Schriftlichkeit – gar nicht der Transparenz des Verfahrens, sondern der Vereinfachung der Beweisführung, dass der Bieter diese Offerte tatsächlich erklärt und sich entsprechend verpflichtet habe (vgl. M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1772/1773).

2.2.3. Im Abschnitt 7 („Allgemeine Bestimmungen und Administratives“) des Pflichtenhefts (act. 7/1) werden die Anforderungen hinsichtlich der Unterzeichnung des Angebotes wie folgt festgelegt. Gemäss Ziffer 7.6 („Aufbau und Gliederung der Ausschreibungsunterlagen“) sind die Beilagen 02 („Fragen- und Bewertungskatalog“), 03 („Eignungsprüfung“) und 04 („Vertraulichkeitserklärung“) rechtsgültig unterzeichnet einzureichen. Für das „Preisblatt“ (Beilage 01), dessen Deckblatt zwar ein mit „Stempel und rechtsgültige Unterschrift(en)“ bezeichnetes Feld enthält, wird diese Anforderung in Ziffer 7.6 zwar nicht ausdrücklich festgehalten. Allerdings wird unter Ziffer 7.7 („Aufbau und Gliederung des Lösungsangebots“) verlangt, dass das Preisblatt pro Variante ausgefüllt und rechtsgültig unterzeichnet sein muss. Die Preisblätter der drei Angebote der Beschwerdeführerin sind unbestrittenermassen nicht unterzeichnet. Die Angebote verletzen dementsprechend die Formvorschriften des Vergabeverfahrens. Ob der Mangel trotz der widersprüchlichen Angaben im Pflichtenheft und der Unterzeichnung des Begleitschreibens vom 10. September 2015 sowie der weiteren Beilagen angesichts der in der Literatur zur Bedeutung der fehlenden Unterschrift vertretenen Auffassungen zum Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren zur Folge haben durfte, ist fraglich.

2.3. Mit Blick auf die nicht einfache Abgrenzung zwischen vorinstanzlicher Ermessensausübung und Verletzung des Verbots des überspitzten Formalismus erscheint die Beschwerde jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung und unter Berücksichtigung des unklar formulierten öffentlichen Interesses an einem



umgehenden Vertragsabschluss als ausreichend begründet. Dementsprechend ist der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

3. 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 und von der Beschwerdeführerin bereits geleistete 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.

4. 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.

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

Der Vizepräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

2. Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.

3. 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 Stellung angenommen und aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.

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

Der Vizepräsident

Linder