



Fall-Nr.: B 2016/139
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.02.2020
Entscheiddatum: 14.07.2016

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 14.07.2016

Beschaffungsrecht. Vergabe Brandschutzdienstleistungen, Erneuerung und Erweiterung Spital Wattwil, aufschiebende Wirkung verweigert (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2016/139).

Verfügung vom 14. Juli 2016

Verfahrensbeteiligte

ewp AG Schwyz Altendorf, Steineggstrasse 32, 8852 Altendorf, per Adresse
Urteilen 6, 8718 Schänis,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

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

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

und

BG Ingenieure und Berater AG, Zweigniederlassung Zürich,
Leutschenbachstrasse 45, 8050 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand



Vergabe Erneuerung und Erweiterung Spital Wattwil (BKP 296.9 Brandschutzdienstleistungen Ausführung) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Die ewp AG Schwyz Altendorf (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Baudepartement des Kantons St. Gallen (Vorinstanz und Gesuchsgegner) am 21. Juni 2016 verfügte Zuschlag für die Ausführung der Brandschutzdienstleistungen bei der Erneuerung und Erweiterung des Spitals Wattwil an die BG Ingenieure und Berater AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe vom 1. Juli 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 4. Juli 2016 einstweilen den Abschluss des Vertrags.

Mit Vernehmlassung vom 8. Juli 2016 beantragte die Vorinstanz, das Begehren um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Auf die Ausführungen der Gesuchstellerin und des Gesuchsgegners sowie die von der Vorinstanz eingereichten Vergabeakten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:

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).
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. Präsidialverfügung B 2015/72 vom 15. Mai 2015, www.gerichte.sg.ch; M. Beyeler,



Vergaberechtliche Entscheide 2014/2016, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 429; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

2.1. Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht zu den öffentlichen oder privaten Interessen, welche der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehen könnten. Die Vorinstanz macht geltend, das langjährige Baumoratorium für kantonale Spitalbauten habe zu einem grossen Nachholbedarf bei den Infrastrukturbauten geführt. Ohne Brandschutzdienstleister dürfe mit dem Bau des Gebäudeprovisoriums nicht begonnen werden. Ohne Provisorium könne aber auch mit den eigentlichen Bauvorhaben nicht begonnen werden. Werde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt, könne mit dem Bau nicht wie vorgesehen in den Monaten August/September 2016 begonnen werden, was eine Neuüberarbeitung der verschiedenen Bauphasen und nachfolgend eine verzögerte Fertigstellung der dringend zu erneuernden Spitalbaute im Toggenburg zur Folge hätte. Nebst finanziellen Auswirkungen für die Spitalregion und die Steuerzahler käme die ohnehin schon veraltete Spitalinfrastruktur im Kanton St. Gallen noch mehr ins Hintertreffen.

Aus der vorinstanzlichen Darstellung ergibt sich, dass mit der Realisation der Erneuerung und Erweiterung der Spitalbauten nicht begonnen werden darf, solange nicht feststeht, wer die Brandschutzdienstleistungen während der Projektrealisation erbringt. Damit steht die Vergabe dieser Dienstleistungen am Beginn des Realisations- und Ausschreibungsprozesses. Hat die Vorinstanz den gewünschten Baubeginn festgesetzt, war ihr deshalb auch bekannt, wann sie – unter Berücksichtigung eines möglichen Beschwerdeverfahrens – die Brandschutzdienstleistungen hätte ausschreiben und vergeben müssen. Der konkreten Ablauf der Projektierung hätte eine für die Umsetzung des Bauprojektes ab 3. Quartal 2016 (act. 6/1, Ziffer 2.1 der ergänzenden Informationen zur Submission) rechtzeitige Ausschreibung und Erteilung des Zuschlags nicht ausgeschlossen.

Der Kantonsratsbeschluss über die Erneuerung und Erweiterung des Spitals Wattwil vom 4. Juni 2014, mit welchem Projekt und Kostenvoranschlag von CHF 85 Millionen genehmigt worden waren, wurde in der Volksabstimmung vom 30. November 2014 angenommen. Bereits im Dezember 2009 hatte die Regierung das Baudepartement



St.Galler Gerichte

eingeladen, das Siegerprojekt – „05 ELLE“ von Andreas Senn, St. Gallen – mit Blick auf eine Realisierung weiter bearbeiten zu lassen (vgl. Vorlage der Regierung vom 1. Oktober 2013 zuhanden des Kantonsrates, ABI 2013 S. 2755 ff., S. 2968 ff., S. 2977). In der Folge wurde das Projekt optimiert und angepasst. Der Kantonsrat befand dementsprechend am 4. Juni 2014 über ein insbesondere hinsichtlich Räumlichkeiten, Fassaden, Energie und Ökologie (Optimierung der Gebäudehülle des Erweiterungsbaus, Einsatz erneuerbarer Energien usw.), Haustechnik, Heizung, Lüftung, Klimakonzept, Kühlung und Sanitär- und Elektroanlagen (Projektbeschreibung ABI 2013 S. 2978), hinsichtlich des Erfordernisses eines Provisoriums (ABI. 2013 S. 2984) sowie hinsichtlich Etappierung und Termine (ABI 2013 S. 2984 und S. 2989) ausgearbeitetes Projekt. Das Erstellen des Containerprovisoriums und die Abbrucharbeiten waren für das 2. und 3. Quartal 2016 vorgesehen (ABI 2013 S. 2989). Am 23. Juni 2015 stellten anlässlich einer ersten „Behördensitzung“ das Architekturbüro das Projekt und die BG Ingenieure und Berater AG – nota bene die Zuschlagsempfängerin – das Brandschutzkonzept vor; die Baueingabe wurde für September 2015 geplant (act. 6/1, Aktennotiz / Behördensitzung Nr. 01). Zumindest ein Entwurf für ein Brandschutzkonzept lag bereits am 20. Januar 2011 vor (act. 6/1, Ziffer 10.1 des Brandschutznachweises QSS3, Seite 18/26, Anhang zur Aktennotiz / Behördensitzung Nr. 01). Zusammen mit der Baueingabe vom 4. September 2015 lagen auch die Brandschutznachweise QSS2 für das Provisorium und QSS3 für die Erneuerung und Erweiterung vor (act. 6/1). Die Ausschreibung erfolgte am 22. Februar 2016. Die Angebote waren gemäss Ausschreibung bis 4. April 2016 einzureichen. Die Offertöffnung war für die Kalenderwoche 14 (4.-10. April, Ausschreibung) beziehungsweise für die Kalenderwoche 15 (11.-17. April, Ausschreibungsunterlagen, Ergänzende Informationen zur Submission und Festlegungen) vorgesehen. Stattgefunden hat sie am 6. April 2016 (act. 6/2). Dass erst etwas mehr als sechs Wochen später, nämlich am 20. Mai 2016 (act. 6/5), bei den Anbietern Erläuterungen zu ihren Dienstleistungsskizzen eingeholt wurden, deutet nicht auf besondere Dringlichkeit der Zuschlagserteilung hin, zumal sich weder den Akten noch der vorinstanzlichen Vernehmlassung besondere Gründe dafür entnehmen lassen.

Schliesslich geht die Vorinstanz mit der Beschränkung der Gültigkeit des Angebots auf drei Monate ab Schlusstermin für den Eingang der Angebote gemäss Ziffer 3.12 der Ausschreibung selbst ein beträchtliches Risiko ein, dass bei einem



Rechtsmittelverfahren gegen den Zuschlag zumindest eine Anpassung aller eingegangenen Offerten verlangt werden muss, was zu erheblichen Verzögerungen führen würde. Zu den geltend gemachten drohenden finanziellen Folgen bleibt anzumerken, dass in den Ausschreibungsunterlagen und in der Vertragsurkunde die Zeit- und Terminangaben nicht garantiert werden können (vgl. act. 6/1, Ziffer 2.1 der zusätzlichen Informationen zur Submission, Ziffer 1.2 der Vertragsurkunde). Dementsprechend erscheint das rechtserhebliche öffentliche Interesse am erwünschten raschen Baubeginn im Sinn der vorinstanzlichen Vernehmlassung unter Berücksichtigung aller massgeblichen Gesichtspunkte nicht als besonders hoch.

2.2. In den Ausschreibungsunterlagen wurden ohne Gewichtung die Zuschlagskriterien „1. Dienstleistungsskizze gemäss Punkte 2.4“, „2. Preis“ mit den Unterkriterien „2.1 Gesamtpreis“ und „2.2 Höhe Stundenansatz“ und „3. Referenzen“ mit den Unterkriterien „3.1 Referenzen und Erfahrung der vorgesehenen Schlüsselpersonen“ und „3.2 Referenzen des Büros“ bekanntgegeben. Bei der Bewertung wurden die Dienstleistungsskizze mit 40 Prozent, der Preis mit 35 Prozent (Angebotspreis 20 Prozent, Stundenansatz 15 Prozent) und die Referenzen mit 25 Prozent (Referenzen der Unternehmung 15 Prozent, Referenzen der Schlüsselpersonen 10 Prozent) gewichtet. In der Nutzwertanalyse wurden für die Kriterien und die Unterkriterien – mit Ausnahme des Preiskriteriums – ganze Noten zwischen 0 und 3 vergeben. Beim Preis wurde aufgrund der Preiskurve [Maximalnote (3) x $(P_{\max} - P_{\text{Angebot}}) / (P_{\max} - P_{\min})$] die auf zwei Stellen nach dem Komma gerundete Note berücksichtigt. In der Nutzwertanalyse erzielte das Angebot der Beschwerdeführerin 185 – Dienstleistungsskizze 40, Preis 105, Referenzen 40 – jenes der Beschwerdegegnerin 220 – Dienstleistungsskizze 120, Preis 40, Referenzen 60 – gewichtete Punkte. Der Vorsprung der Beschwerdegegnerin beträgt damit 35 gewichtete Punkte.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1) und das Nebeneinander von ganzzahligen (bei den Zuschlagskriterien „Dienstleistungsskizze“ und „Referenzen“) und auf zwei Dezimalstellen nach dem Komma genauen Noten (beim Zuschlagskriterium „Preis“; dazu nachfolgende Erwägung 2.2.2).



2.2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie sich – anders als die Beschwerdegegnerin – bei der Dienstleistungsskizze an den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Umfang von höchstens zwei A4-Seiten gehalten habe. Es sei offensichtlich, dass in der umfangreicheren Dienstleistungsskizze detailliertere Angaben möglich gewesen seien und dies zu einer besseren Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin geführt habe. Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, die Dienstleistungsskizze der Beschwerdegegnerin umfasse zwar vier Seiten. Dies rechtfertige aber nicht, die Anbieterin gestützt auf die Kann-Bestimmung von Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB auszuschliessen, zumal ein solcher Ausschluss nicht angedroht und auch keine Vorgaben zum Layout gemacht worden seien. Zudem seien sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin am 20. Mai 2016 aufgefordert worden, Erläuterungen zu den Skizzen anzubringen. Während die Beschwerdegegnerin die angebotenen Dienstleistungen noch vertiefter dargestellt habe (vgl. Antwort vom 30. Mai 2016, act. 6/5), seien die Antworten der Beschwerdeführerin wiederum äusserst knapp und gegenüber ihrer Skizze sogar leicht widersprüchlich ausgefallen (vgl. Antwort vom 26. Mai 2016, act. 6/5). Es sei deshalb auch nicht gerechtfertigt, die Offerte der Beschwerdegegnerin wegen des Formfehlers schlechter zu bewerten.

Die Dienstleistungsskizze gemäss Ziffer 2.4 der zusätzlichen Informationen zur Ausschreibung zerfällt in zwei Teile, nämlich das „Konzept Baubegehungen / Kontrollen“ und das „Drehbuch integraler Test Etappe 3“. Zu beiden Teilen wurden konkrete Fragen gestellt, welche in der Skizze zu beantworten waren. Da die Vorgabe der Beschränkung auf zwei A4-Seiten durchaus – wie die Beschwerdegegnerin dies offenkundig getan hat – auch auf jeden der beiden Teile bezogen werden konnte, geht die Vorinstanz zu Recht davon aus, der mögliche Formmangel rechtfertige weder einen Ausschluss noch eine schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin. Insbesondere könnte im Sinn des Antrags der Beschwerdeführerin nicht sachgerecht darüber entschieden werden, welche zwei der eingereichten vier Seiten bewertet würden.

Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass ihre Antworten zusammen mit ihren Erläuterungen vom 26. Mai 2016 zu tief bewertet worden seien. Sie macht auch nicht geltend, dass es nicht möglich gewesen wäre, die Fragen ausreichend konkret auf zwei



Seiten zu beantworten. Dies gilt insbesondere für die Antworten auf die Fragen nach der Häufigkeit und Dauer der Kontrollen (Differenz in der Benotung 2). Beim Teilaspekt „Drehbuch integraler Test Etappe 3“ kann die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis auf die Beschränkung des Umfangs die fehlenden Aussagen zu den Schnittstellen zum laufenden Betrieb nicht rechtfertigen (Differenz in der Benotung 3). Dies gilt auch für die kaum vorhandenen Angaben zu den Fragen, was, wann und an welchen Tagen getestet wird (Differenz in der Benotung 4). Die schlechtere Benotung der Dienstleistungsskizze der Beschwerdeführerin ist deshalb jedenfalls nicht in erster Linie darauf zurückzuführen, dass sie sich für die gesamte Dienstleistungsskizze auf zwei Seiten beschränkt hat.

2.2.2. Es trifft zu, dass die Angebote beim Preiskriterium differenzierter – nach der Preisformel $[\text{Maximalnote (3)} \times (P_{\text{max}} - P_{\text{Angebot}}) / (P_{\text{max}} - P_{\text{min}})]$, gerundet auf zwei Dezimalstellen nach dem Komma – als bei den übrigen Zuschlagskriterien – ganze Zahlen zwischen 0 und 3 – benotet wurden. Diese Bewertung steht allerdings nicht im Widerspruch mit vergaberechtlichen Regeln. Anders als beim Preiskriterium ist die Bewertung der Qualitätskriterien, sei es bei der Beurteilung einer Dienstleistungsskizze, sei es bei der Bewertung von Referenzen, weitgehend subjektiv geprägt. Deshalb ist eine Notenskala zu wählen, die eine Differenzierung zulässt, aber auch zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Eine Notenskala von 0 bis 3 lässt eine Differenzierung zwischen vier Qualitätsstufen zu, was vergaberechtlich als sachgerecht erscheint (vgl. Präsidialverfügung B 2016/44 vom 4. März 2016 E. 2.2.4).

Die Benotung der Dienstleistungsskizze kam aufgrund der Benotung – wiederum auf der Basis einer Skala zwischen 0 und 3 – von zehn Teilaspekten zustande. Zwar wäre die Ermittlung des Durchschnitts auf zwei Dezimalstellen nach dem Komma genau – ebenso wie die Ermittlung der Note für den Preis anhand der Preiskurve – ein rein mathematischer, nicht subjektiv geprägter Vorgang. Allerdings würde auch die Berücksichtigung dieses mathematischen Durchschnitts nichts daran ändern, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin wirtschaftlich günstiger ist als jenes der Beschwerdeführerin. Die Notensummen betragen beim Angebot der Beschwerdeführerin 10, beim Angebot der Beschwerdegegnerin 26 (vgl. act. 6/4). Bei der Berücksichtigung der Durchschnittsnote von 2,6 beim Angebot der



Beschwerdegegnerin ergäben sich 104 – statt 120 – gewichtete Punkte. Der Vorsprung würde sich um 16 gewichtete Punkte reduzieren.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde trotz der nicht sehr gewichtigen, der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen. Die Vorinstanz wird ersucht, einen allfälligen Vertragsabschluss entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB umgehend dem Verwaltungsgericht mitzuteilen.

4. Die Beschwerdegegnerin ist einzuladen, bis 8. August 2016 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 8. Juli 2016 innert gleicher Frist zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

Der Beschwerdegegnerin ist die Möglichkeit einzuräumen, innert gleicher Frist die ihrer Auffassung nach dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Unterlagen konkret und begründet zu bezeichnen.

Die Gerichtsferien gelten nicht.

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 1'200 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12).

6. Der Vorinstanz ist mangels Anspruchs und Antrags sowie der Beschwerdegegnerin, die stillschweigend auf eine Vernehmlassung verzichtet hat, mangels Antrags keine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP).

Der Präsident verfügt:

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



2. Die Beschwerdegegnerin wird eingeladen, bis **8. August 2016** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 8. Juli 2016 gegebenenfalls zu ergänzen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist die ihrer Auffassung nach dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Unterlagen konkret und begründet zu bezeichnen.

Die Gerichtsferien gelten nicht.

3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'200.

Der Präsident

Eugster