



Fall-Nr.: B 2017/91
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 23.05.2017
Entscheiddatum: 23.05.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 23.05.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Beschwerde erscheint nicht als ausreichend begründet. Die nicht berücksichtigte Beschwerdeführerin macht einzig geltend, sie habe das billigste Angebot eingereicht. Die Bewertung der Referenzen oder allenfalls die ganze Ausschreibung werde sie anfechten, wenn die korrekte Gewichtung des Preises nicht den Zuschlag zur Folge habe. Preiskurve und Preisgewichtung waren indessen nicht zu beanstanden und eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der Beschwerdefrist von zehn Tagen nicht möglich (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/91).

Verfahrensbeteiligte

Contura Bau AG, Klotenerstrasse 28, 8303 Bassersdorf,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Spitalanlagengesellschaft Kantonsspital St. Gallen, Rorschacher Strasse 95,
9007 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

und



K. Melliger & Söhne AG, Tobelmühlestrasse 5, 7270 Davos Platz,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe KSSG St. Gallen, Neubauten (BKP 271.1 spezielle Gipserarbeiten Haus 10 und Pavillon) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Die Contura Bau AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den von der Spitalanlagegesellschaft Kantonsspital St. Gallen (Vorinstanz und Gesuchsgegner) am 12. April 2017 verfügten und am 24. April 2017 zugestellten Zuschlag für die speziellen Gipserarbeiten Haus 10 und Pavillon des Kantonsspitals St. Gallen zum Preis von CHF 707'902.35 inklusive Mehrwertsteuer an die K. Melliger & Söhne AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe vom 4. Mai 2017 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. Mai 2017 untersagte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Vorinstanz einstweilen den Abschluss des Vertrages. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhielten Gelegenheit, sich bis 10. Mai 2017 zum Begehren um aufschiebende Wirkung vernehmen zu lassen. Die Vorinstanz wurde gleichzeitig aufgefordert, innert gleicher Frist dem Verwaltungsgericht sämtliche Akten der Vergabe einzureichen. Alle Verfahrensbeteiligten wurden aufgefordert, innert gleicher Frist die ihrer Auffassung nach dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Unterlagen konkret und begründet zu bezeichnen.

Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung



St.Galler Gerichte

vom 10. Mai 2017, es sei das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen. Zusammen mit der Vernehmlassung reichte sie dem Gericht einen Teil der Vergabeakten, nämlich die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin sowie die Unterlagen zur Ausschreibung und zur Bewertung der Angebote ein. Das Gericht verzichtete darauf, die Vorinstanz zur Einreichung der übrigen Offerten aufzufordern.

Der Präsident 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, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Die aufschiebende Wirkung kann erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (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). 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 Gesuchstellerin macht zwar keine besonderen Ausführungen zum Antrag, es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sie weist einerseits selbst daraufhin, dass die Vergabestelle aufgrund des Terminprogramms an einer raschen Entscheidung interessiert sei, legt aber andererseits mit der Begründung des Antrags in der Sache dar, aus welchen Gründen die Beschwerde gutzuheissen und der Zuschlag aufzuheben ist. Da beim Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung die ausreichende Begründung der Beschwerde als wesentlicher Teilaspekt zu berücksichtigen ist, besteht kein Anlass, das Gesuch um aufschiebende Wirkung mangels Begründung nicht zu behandeln.



Die Vorinstanz bezeichnet die Beschaffung ebenfalls als dringlich. Der Baustart der Gipserarbeiten sei gemäss Bauprogramm auf den 12. Juni 2017 terminiert. Bereits jetzt müssten die technischen Abklärungen mit dem Unternehmer, der seine Bestellungen auslösen müsste, laufen.

Die Vorinstanz hat den Auftrag am 29. August 2016 ausgeschrieben. Die Frist zur Einreichung der Angebote endete am 10. Oktober 2016. Die Offerten sollten in der Woche vom 10.-16. Oktober 2016 geöffnet werden (ABI 2017 S. 2418 ff.). Die Bewertungsmatrix datiert vom 8. November 2016. Die Zuschlagsverfügung erging am 12. April 2017. Sie wurde am 18. April 2017 – mithin mehr als fünf Monate nach der Bewertung der Angebote – versandt (act. 2/2). Ohne diese von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung nicht weiter erklärte mehrmonatige Verzögerung zwischen Bewertung und Zuschlagserteilung wäre im Vergabeverfahren der Möglichkeit einer Beschwerde gegen den Zuschlag wohl ausreichend Rechnung getragen worden. Zumal die Vorinstanz diese Verzögerung zu vertreten hat (zur Bedeutung der Reorganisation der Zuständigkeiten für Immobilienerstellung und -bewirtschaftung im Spitalbereich vgl. Präsidialverfügung B 2017/23 vom 24. Februar 2017 E. 2.1), erscheint das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Terminplans im Vergleich zum gleichermassen öffentlichen Interesse, die Einhaltung des Beschaffungsrechts zu gewährleisten, nicht als besonders gewichtig.

2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, unterschiedliche Skalierungen für die Bewertung der Zuschlagskriterien „Qualität“ und „Referenzen“ einerseits und des Zuschlagskriteriums „Preis“ andererseits führten dazu, dass der Preis lediglich mit 6,96 Prozent – und nicht wie in der Bewertungsmatrix angeführt mit 25 Prozent – gewichtet werde (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1). Sollte eine korrekte Gewichtung des Preises nicht den Zuschlag an sie zur Folge haben, werde sie auch die Bewertung ihrer Referenzen oder allenfalls die gesamte Ausschreibung anfechten (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2).

2.2.1. Die Beschwerdeführerin baut ihre Überlegungen darauf auf, die Preiskurve – ausgehend von einer Bewertungsdifferenz von 61,23 Prozent zwischen dem tiefsten und dem höchsten offerierten Preis – sei im Vergleich zu den Bewertungskurven bei der Qualität und den Referenzen – ausgehend von einer Bewertungsdifferenz von 17,04



Prozent zwischen bester und schlechtester Bewertung – zu flach. Die Vorinstanz hat sich bei der Preisbewertung an eine gängige, vergaberechtlich grundsätzlich nicht zu beanstandende Preiskurve (vgl. beispielsweise VerwGE B 2014/210 vom 28. April 2015) gehalten. Die Gewichtungen der Kriterien bleiben dann stabil, wenn die Bewertungskurven für die verschiedenen Zuschlagskriterien gleiche Neigung aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn die Notenskalen bei sämtlichen Zuschlagskriterien übereinstimmen und die Bewertungen für die Zuschlagskriterien „Qualität“ und „Referenzen“ wie beim Preis ebenfalls auf einer realistischen Bewertungsspanne beruhen (vgl. dazu VerwGE B 2016/116 vom 24. November 2016 und B 2016/168 vom 26. Oktober 2016, www.gerichte.sg.ch).

Die Vorinstanz hat gemäss Bewertungsmatrix (act. 6, Register 4) die „Qualität“ mit 45 Prozent, die „Referenzen“ mit 30 Prozent und den „Preis“ mit 25 Prozent gewichtet. Die Zuschlagskriterien „Qualität“ und „Referenzen“ sind in Unterkriterien gegliedert. Die Angebote wurden nach diesen Unterkriterien mit Noten zwischen 1 und 3 bewertet. Bei der Benotung der Angebote nach dem Preiskriterium ging die Vorinstanz von einer linearen Preiskurve auf der Grundlage der Spanne zwischen dem höchsten und dem tiefsten offerierten Preis aus ($(P_{\max} - P_{\text{Angebot}}) / [P_{\max} - P_{\min}] \times 3$). Bei sämtlichen Zuschlagskriterien kam eine Notenskala zwischen 0 und 3 in Betracht (act. 6 Register 4, act. 2/4 Bewertungsmatrix). Die Gewichtung der einzelnen Kriterien bleibt bei dieser Ausgangslage grundsätzlich gewahrt. Allerdings hat die Vorinstanz die effektive Bewertungsspanne bei der Qualität und den Referenzen – anders als beim Preis – nicht an den tatsächlichen Angeboten ausgerichtet. Mit anderen Worten erzielt beispielsweise bei den mit 30 Prozent gewichteten Referenzen das Angebot mit der schlechtesten – nicht gerundeten – Durchschnittsnote von 1,6 noch 48 Punkte (von 90 Punkten), während das teuerste Angebot lediglich noch einen – pro memoria – Punkt erhält. Entsprechendes gilt für die mit 45 Prozent gewichtete Qualität, wo das Angebot mit der schlechtesten – nicht gerundeten – Durchschnittsnote von 1,92 noch 86 Punkte (von 135 Punkten) erzielt.

Zu prüfen ist, wie sich eine Bewertungsspanne für die Qualität und die Referenzen, die sich an den tatsächlich eingereichten Angeboten orientiert, auf die Beurteilung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin auswirken würde. Bei der Qualität wären die Punkte von 0 bis 135 linear zwischen die tatsächlich erzielten



St.Galler Gerichte

Durchschnittsnoten von minimal 1,92 und maximal 2,42, das heisst auf eine Bewertungsspanne von 0,5, zu verteilen. Das Angebot der Beschwerdeführerin, das eine Durchschnittsnote von 2,4 erzielte, würde dann 130 Punkte ($135 / 0,5 \times 0,48$), das Angebot der Beschwerdegegnerin mit der – maximalen – Durchschnittsnote von 2,42 das Maximum von 135 Punkten erzielen. Bei den Referenzen wären die Punkte von 0 bis 90 linear zwischen die tatsächlich erzielten Durchschnittsnoten von minimal 1,6 und maximal 2,69, das heisst auf eine Bewertungsspanne von 1,09, zu verteilen. Das Angebot der Beschwerdeführerin mit der Durchschnittsnote von 2,07 würde dann 39 Punkte ($90 / 1,09 \times 0,47$), das Angebot der Beschwerdegegnerin mit der maximalen Durchschnittsnote von 2,69 das Maximum von 90 Punkten erzielen. Die Bewertung der Angebote nach dem Preis bliebe unverändert bei 75 Punkten für das Angebot der Beschwerdeführerin und bei 63 Punkten für das Angebot der Beschwerdegegnerin. Zusammen ergäben sich für das Angebot der Beschwerdeführerin 244 Punkte (Qualität 130, Referenzen 39, Preis 75) und für das Angebot der Beschwerdegegnerin 288 Punkte (Qualität 135, Referenzen 90, Preis 63) ergeben. Bewertungsspannen, die sich nicht nur beim Preis, sondern auch bei Qualität und Referenzen, an den tatsächlich eingereichten Angeboten ausrichten, würden deshalb nicht dazu führen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin als wirtschaftlich günstigeres als jenes der Beschwerdegegnerin Aussichten auf den Zuschlag hätte.

Nichts anderes ergäbe sich auch, wenn die Punkte bei Qualität und Referenzen aufgrund einer Bewertungsspanne zwischen dem schlechtesten und dem – theoretisch – besten Angebot ermittelt würden. Bei der Qualität wären die Punkte von 0 bis 135 linear zwischen den Durchschnittsnoten 1,92 und 3,0, das heisst auf einer Spanne von 1,08, zu verteilen. Das Angebot der Beschwerdeführerin, das eine Durchschnittsnote von 2,4 erzielte, würde dann 60 Punkte ($135 / 1,08 \times 0,48$), das Angebot der Beschwerdegegnerin mit der Durchschnittsnote von 2,42 63 Punkte ($135 / 1,08 \times 0,5$) erhalten. Bei den Referenzen wären die Punkte von 0 bis 90 linear zwischen den Durchschnittsnoten 1,6 und 3,0, das heisst auf einer Spanne von 1,4, zu verteilen. Das Angebot der Beschwerdeführerin mit der Durchschnittsnote von 2,07 würde dann 30 Punkte ($90 / 1,4 \times 0,47$), das Angebot der Beschwerdegegnerin mit der Durchschnittsnote von 2,69 70 Punkte ($90 / 1,4 \times 1,09$) erzielen. Bei den für den Preis unveränderten Punkten von 75 für das Angebot der Beschwerdeführerin und von 63 für das Angebot der Beschwerdegegnerin ergäben sich zusammen für das Angebot der



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin 165 (Qualität 60, Referenzen 30, Preis 75) und für das Angebot der Beschwerdegegnerin 196 (Qualität 63, Referenzen 70, Preis 63). Auch dieses Modell vermöchte damit am Ergebnis nichts zu ändern.

2.2.2. Die Beschwerdeführerin behält sich in der Beschwerdeeingabe vom 4. Mai 2017 vor, im weiteren Verlauf des Verfahrens die Bewertung der Referenzen zu beanstanden. Da zur zehntägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 15 Abs. 3 IVöB keine Nachfrist angesetzt werden kann (vgl. VerwGE B 2007/133 vom 5. November 2007 E. 1, www.gerichte.sg.ch) und in der Beschwerde nicht ausgeführt wird, inwieweit die Beschwerdeführerin die Bewertung ihrer Referenzen beanstandet, erscheint die Beschwerde auch in diesem Punkt nicht als begründet.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit der Begründung ihrer Beschwerde keine reelle Aussicht auf den Zuschlag darzutun vermag. Bei der gebotenen summarischen Prüfung ist davon auszugehen, dass auf das Rechtsmittel unter den dargelegten Umständen nicht eingetreten werden könnte. Damit 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 einzuladen, bis **15. Juni 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 10. Mai 2017 innert gleicher Frist 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 Entscheidegebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'200 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'500 zu verrechnen. CHF 4'300 verbleiben bei der Hauptsache. Für das Zwischenverfahren sind mangels Anspruchs und Antrags der Vorinstanz einerseits und zufolge Unterliegens der Beschwerdeführerin andererseits keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP).



Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin wird eingeladen, bis **15. Juni 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 10. Mai 2017 zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'200 unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'500. CHF 4'300 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Präsident

Eugster