



Fall-Nr.: B 2021/236
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 29.12.2021
Entscheiddatum: 09.11.2021

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 09.11.2021

Öffentliche Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Vergabebehörde hat die Durchführung eines – im kantonalen Recht zurzeit zwar noch nicht erwähnten – Dialogverfahrens ausdrücklich angekündigt und die Beschwerdeführerin hat sich darauf vorbehaltlos eingelassen und ihr endgültiges Angebot ohne Beanstandung auf das bereinigte Pflichtenheft ausgerichtet. Diesbezüglich erweisen sich ihre Einwendungen als verspätet (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2021/236).

Verfügung vom 9. November 2021

Verfahrensbeteiligte

Atos AG, Freilagerstrasse 28, 8047 Zürich,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Julia Bhend, Probst & Partner AG,
Bahnhofplatz 18, 8401 Winterthur,

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Carole Gehrler Cordey, SwissLegal
asg.advocati, Kreuzackerstrasse 9, 9000 St. Gallen



und

HxGN Schweiz AG, Flurstrasse 55, 8048 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Einsatzleitsystem / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Atos AG (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen (Vorinstanz) gestützt auf den Beschluss der Regierung vom 28. September 2021 am 30. September 2021 eröffneten Zuschlag (Zustellung mit Schreiben vom 19. Oktober 2021) der Vergabe eines Einsatzleitsystems für die Kantone St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden sowie die Politische Gemeinde St. Gallen an die HxGN Schweiz AG (Beschwerdegegnerin) durch ihre Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 1. November 2021 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 2. November 2021 untersagte der zuständige Abteilungspräsident der Vorinstanz einstweilen den Abschluss des Vertrags. Beschwerdegegnerin und Vorinstanz erhielten Gelegenheit, zum Begehren um aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen. Die nunmehr anwaltlich vertretene Vorinstanz beantragte am 9. November 2021 die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung, sofern darauf eingetreten werden könne; alles unter Kosten- beziehungsweise unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zulasten der Beschwerdeführerin. Zudem machte sie in ihrer Eingabe – wie auch die beiden anderen Verfahrensbeteiligten (die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin mit jeweils separaten Eingaben am 8. November 2021) - umfassende Geschäftsgeheimnisse geltend.



Der Abteilungspräsident erwägt:

1.

Nach 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 um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

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 und je weniger schwer die gerügten Rechtsfehler und deren Folgen aus der Sicht des öffentlichen Interesses wiegen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349; M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 425).

2.1.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ohne Erteilung der aufschiebenden Wirkung entstehe ihr ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, weil ihr die Möglichkeit entgehe, den Auftrag selbst auszuführen und das neue Einsatzleitsystem während zehn Jahren zu betreiben.

Anders als in der Regel den Rechtsmitteln gegen erstinstanzliche Verfügungen, kommt im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens schon Beschwerden an die kantonale Rechtsmittelinstanz von Gesetzes wegen nicht aufschiebende Wirkung zu (Art. 17 IVöB). Sie muss nur bei Vorliegen wichtiger Gründe gewährt werden, kommt doch grundsätzlich dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids – im Verhältnis zum privaten Interesse der Bewerber am Auftrag – von vornherein einiges Gewicht zu (vgl. anstelle vieler BGer 2C_755/2009 vom



19. Januar 2010 E. 3.4). Da das Recht zum öffentlichen Beschaffungswesen unter anderem auch dem Ziel der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel dient (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. d IVöB), nimmt indessen das Gewicht des – öffentlichen – Interesses an der richtigen Umsetzung des Beschaffungsrechts mit dem Auftragsvolumen zu. Da die Beschaffung die Ablösung eines an sich funktionierenden Systems zum Gegenstand hat, erscheint die Umsetzung des Projekts – entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin – auch noch nicht als besonders dringlich. Die öffentlichen Interessen an einem umgehenden Vertragsabschluss wiegen unter diesem Aspekt insgesamt noch nicht besonders schwer.

2.2.

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Durchführung einer der Einreichung der Angebote folgenden Dialogphase. Einerseits fehle im Kanton St. Gallen die dafür erforderliche ausdrückliche Rechtsgrundlage (zur Zulässigkeit nachfolgend Erwägung 2.2.1). Andererseits sei der Dialog nicht so durchgeführt worden wie in der Ausschreibung vorgesehen (zur Durchführung nachfolgend Erwägung 2.2.2). Den Anbietern sei zudem ermöglicht worden, ihre Preise in Kenntnis der von den Konkurrentinnen offerierten Preise anzupassen (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.3). Angesichts dieser schweren Verfahrensfehler sei der angefochtene Zuschlag aufzuheben und das Verfahren zu wiederholen.

2.2.1.

Das st. gallische Beschaffungsrecht kennt – worauf die Beschwerdeführerin grundsätzlich zu Recht hinweist – den Begriff des Dialogverfahrens – jedenfalls zurzeit noch – nicht. Nach Art. 33 VöB können allerdings Verhandlungen geführt werden, soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wird, sie durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen nicht ausgeschlossen sind (Abs. 1) und sie unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Regeln geführt werden und das Ergebnis schriftlich festgehalten wird (Abs. 2). Die Vergabebehörde darf nicht nur einem Anbieter die Möglichkeit geben, sein Angebot in einem Unternehmengespräch zu erörtern (GVP 2002 Nr. 2). In die Verhandlungen sind grundsätzlich alle Anbieterinnen, welche die Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllen, einzubeziehen (GVP 2002 Nr. 32). Bei umfangreichen und komplexen Beschaffungsvorhaben ist es unter Umständen zweckmässig, Einzelheiten eines Angebots vom Anbieter erläutern zu lassen und offene Fragen zu klären (vgl. VerwGE B 2006/49 vom 3. Juli 2006 E. 2b). Diese Rechtsprechung trägt einem Bedürfnis der Beschaffungsrealität Rechnung, indem sie der Vergabebehörde die Gelegenheit gibt, sich mit den Anbieterinnen über die nachgefragten beziehungsweise angebotenen



Leistungen auszutauschen und gegebenenfalls die Beschaffung im beschränkten Umfang während des Verfahrens neu gewonnen Erkenntnissen und Informationen anzupassen. Dies entspricht auch dem Gebot der Wirtschaftlichkeit, wonach die öffentlichen Gelder möglichst effizient eingesetzt werden sollen und deshalb das vorteilhafteste Angebot ausgewählt werden soll. Im Austausch mit den Anbietern, welche meist über die grössere Fachkenntnis oder Produktnähe verfügen, lassen sich die Angebote auf der Preis- oder der Leistungsseite häufig im Sinne der Ausschreibung noch optimieren (vgl. Ch. Jäger, Technische Verhandlungen, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2020, S. 387 ff., Rz. 2). Zu verzichten ist hingegen auf Abgebotsrunden (vgl. Art. 11 Ingress und lit. c IVöB). Abgebote sind deshalb – ausgenommen im freihändigen Verfahren – nicht zulässig (vgl. Art. 33 Abs. 3 VöB). Ein Anbieter, der sich allerdings vorbehaltlos auf eine Angebotsrunde einlässt, kann im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag die Unzulässigkeit der Abgebotsrunde nicht mehr rügen (GVP 2001 Nr. 20).

Die Vergabebehörde hat die Durchführung eines Dialogverfahrens in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich angekündigt. Sie hat festgehalten, den Anbietern werde Gelegenheit geboten, basierend auf den Ergebnissen des Dialogs ein endgültiges Angebot einzureichen. Damit hat sie klar zum Ausdruck gebracht, dass der Dialog sich auf den Leistungsumfang auswirken kann. Aufgrund des Hinweises, dass mit allen Dialogteilnehmern die gleiche Anzahl Dialogschritte durchgeführt werden und sich der Anbieter mit der Einreichung des Angebots auch bereit erklärte, dass Dialogschritte unter Beteiligung der Mitbewerber durchgeführt werden können, konnte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass die Dialoge grundsätzlich mit jeder Anbieterin einzeln geführt und der Inhalt der Dialoge mit den einzelnen Anbieterinnen den übrigen Mitbewerbern nicht bekannt gegeben werden. Im überarbeiteten Pflichtenheft hat die Vergabebehörde die Änderungen, welches sich nach dem durchgeführten – einmaligen – Dialog vorgenommen hat, in blauer Farbe und damit klar ersichtlich wiedergegeben. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem bereinigten Angebot nicht geltend gemacht, dass sie mit diesen Anpassungen nicht einverstanden sei.

Die Beschwerdeführerin hat die Ausschreibungsbedingungen akzeptiert und ein Angebot eingereicht. Sie hat sich vorbehaltlos auf den Dialog mit der Vergabebehörde eingelassen und ihr endgültiges Angebot ohne Beanstandung auf das bereinigte Pflichtenheft ausgerichtet. Soweit sie nun – nachdem das Ergebnis des Verfahrens bekannt geworden ist – Zulässigkeit und konkrete Durchführung des Dialogverfahrens beanstandet, erweisen sich ihre Einwendungen als verspätet. Dass sich der Dialog –



St.Galler Gerichte

wie sie jetzt vorbringt – zu ihrem Nachteil auswirkte, hätte die Beschwerdeführerin bereits bei Vorliegen des bereinigten Pflichtenhefts feststellen können und im endgültigen Angebot festhalten müssen. Sie bringt zwar vor, sie habe anlässlich einer Videokonferenz zur Klärung von Verständnisfragen zu den angepassten Bereichen des Pflichtenheftes mehrfach und unmissverständlich geäußert, sie sei mit dem Vorgehen nicht einverstanden. Was sie konkret – neben der Bekanntgabe der Offertpreise der Erstangebote und der Weigerung der Vergabebehörde, ein Angebot zum Los 2 entgegen zu nehmen – beanstandete, wird in der Beschwerde nicht konkretisiert.

Ob das von der Vorinstanz gewählte Verfahren zu einer Änderung des Pflichtenheftes – die Beschwerdeführerin nennt neu hinzugekommene Bereiche Hardware, Virtuelle Server, Backup, Storage und Connectivity sowie alle Lizenzen und den Wegfall der Bereiche Videomanagement und Videointegrationsplattform – geführt hat, welche sich angesichts der fehlenden ausdrücklichen Rechtsgrundlage für ein Dialogverfahren im kantonalen und interkantonalen Vergaberecht mit dem Grundsatz der Unveränderbarkeit der Ausschreibung nicht mehr vereinbaren lässt, kann unter diesen Umständen offenbleiben. Offenbleiben kann auch, inwieweit sich diese Änderungen bereits aus der Beantwortung der während der Eingabefrist gestellten knapp 200 Fragen der Unternehmer ergeben haben.

2.2.2.

In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Anbieterinnen darauf hingewiesen, dass "maximal vier Dialog-Schritte" geplant seien, wobei die Anzahl pro Los nach Eingang und Auswertung der Erstangebote definitiv festgelegt und mit allen Dialogteilnehmern die gleiche Anzahl Schritte durchgeführt werde. Die Anbieterinnen erklärten sich zudem einverstanden, dass Dialogschritte auch unter Beteiligung weiterer Mitbewerber durchgeführt werden können (vgl. act. 2, Register 4, Ziff. 6.2.1). Im Zusammenhang mit den Fragen der Unternehmer hielt die Vergabebehörde dazu fest, im Fokus der gemeinsamen Diskussion stehe das Pflichtenheft des Auftraggebers. – Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Dialogrunde habe sich im Wesentlichen auf eine Präsentation der zuvor von der Beschaffungsstelle gestellten Fragen beschränkt. Eine Besprechung und gemeinsame Weiterentwicklung der von ihr mit dem Erstangebot eingereichten Konzepte und Lösungen – was dem Hauptzweck eines Dialogverfahrens entspreche – habe nicht stattgefunden. Der Beschaffungsgegenstand sei – ohne dass dies im Dialog thematisiert worden sei – von der Vorinstanz geändert und wesentlich erweitert worden. Als Anbieterin des bei der Vergabebehörde in Betrieb stehenden Einsatzleitsystems habe die Beschwerdegegnerin und



St.Galler Gerichte

Zuschlagsempfängerin offenkundig über mehr und bessere Informationen zu den gewünschten Anforderungen – detaillierte Kenntnisse der spezifischen Prozesse, Arbeitsweisen, Infrastrukturen und Verantwortlichkeiten – verfügt als die anderen Anbieter.

Am 17. Juni 2021 wurden der Beschwerdeführerin die Unterlagen für den Dialog-Workshop vom 29. Juni 2021 zugestellt (act. 2, Register 8 und 9). Gegliedert nach einzelnen Themenbereichen ergaben sich daraus sowohl die für alle Anbieterinnen als auch die spezifisch für die Beschwerdeführerin relevanten Aspekte. Dass die Beschwerdeführerin vor dem Workshop davon abweichende Erwartungen bekanntgegeben oder aber im Anschluss an den Workshop ihre Enttäuschung über den konkreten Ablauf geäussert hätte, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Die Vorbehalte gegenüber dem angepassten Pflichtenheft hat die Beschwerdeführerin – so macht sie geltend – in einer Videokonferenz am 21. Juli 2021 gegenüber der Vergabebehörde geäussert. In ihrem endgültigen Angebot hat sich dies allerdings nicht niedergeschlagen. Unter diesen Umständen erscheint auch die Beanstandung des Ergebnisses des Dialogverfahrens im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag als verspätet.

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Ablösung eines Datenverarbeitungssystems wie es ein Einsatzleitsystem darstellt die Anbieterin des bisherigen Systems eingehende Kenntnisse über bestehende Organisation und Abläufe der Auftraggeberin hat und damit über einen Wissensvorsprung gegenüber der Konkurrenz verfügt. Dass die Lieferantin des im Einsatz stehenden Systems weder als Bewerberin ausgeschlossen noch die Vorteile kompensiert werden sollten, ergab sich aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen. Die Fragemöglichkeit, die intensiv genutzt wurde, gab der Beschwerdeführerin Gelegenheit, sich die für die Ausarbeitung ihres Angebots erforderlichen Kenntnisse zu beschaffen und einen allfälligen Wissensrückstand auszugleichen (vgl. dazu C. Häner, in: H.R. Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, N 9 zu Art. 14 BöB/IVöB). Wurde – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – der Beschaffungsgegenstand volumenmässig und inhaltlich wesentlich erweitert – deutet dies darauf hin, dass das neue System sich vom bestehenden, welches wohl die Ausschreibung und insbesondere auch die Abgrenzung der Lose beeinflusst hatte, wesentlich abhob.



2.2.3.

Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass den Bewerberinnen die Preise vor der Eröffnung des Dialogverfahrens bekannt waren. Sie kann daraus indes nichts zugunsten ihrer Begehren ableiten. Dieses Vorgehen der Vergabebehörde war für alle Anbieterinnen bereits aus den Ausschreibungsunterlagen ohne weiteres ersichtlich. Dort wurde festgehalten, über die – nicht öffentliche – Öffnung werde ein Protokoll erstellt, welches den Namen des Anbieters, das Eingangsdatum und den Gesamtpreis umfasse.

Das monierte Dialogverfahren erscheint unter den geschilderten Umständen sodann auch nicht als – unzulässige – Abgebotsrunde. Zwar hat das Verfahren aufgrund der damit einhergehenden Konkretisierungen in der Tat zu einer veränderten Umschreibung der ausgeschriebenen Leistung geführt, welche – selbstredend – auch eine Änderung der Offertsummen nach sich zu ziehen vermochte. Doch führten die aus dem Dialogverfahren resultierenden Anpassungen bei den übrigen Anbieterinnen gar zu einer Erhöhung der Offertsummen – von 15.9 auf 17.5 beziehungsweise von 12.7 auf 16.3 Millionen Franken. Der Beschwerdeführerin gab es dagegen die Gelegenheit, ihren Offertpreis von ursprünglich 63.2 auf 19.7 Millionen Franken zu reduzieren. Die Bekanntgabe der Preise der ursprünglichen Angebote hat mithin dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin ihr Angebot mit Blick auf die Offertsummen der beiden weiteren Anbieterinnen auch hinsichtlich ihrer Kalkulation überdenken und anpassen konnte. Inwieweit ihr bei dieser Konstellation aus der Bekanntgabe der Preise ein Nachteil entstanden sein sollte, ist nicht ersichtlich.

3.

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen betrachtet erscheint die Beschwerde – unbesehen des eingeschränkten Gewichts der öffentlichen Interessen an einem umgehenden Abschluss des Vertrags – nicht als ausreichend begründet, weshalb das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung denn auch abzuweisen ist.

4.

Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsabschluss dem Verwaltungsgericht umgehend mit.

5.

Sie und die Beschwerdegegnerin werden sodann eingeladen, sich bis 8. Dezember 2021 in der Hauptsache vernehmen zu lassen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.



6.

Die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens gehen zulasten der Beschwerdeführerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Ausseramtliche Kosten sind für das Zwischenverfahren keine zu entschädigen: Die Beschwerdeführerin ist unterlegen; die obsiegende Vorinstanz hat als Vergabebehörde nach der ständigen und langjährigen Praxis des Verwaltungsgerichts keinen Anspruch auf ausseramtliche Entschädigung, und die Beschwerdegegnerin hat sich zur Frage der aufschiebenden Wirkung nicht vernehmen lassen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhalten Gelegenheit, sich bis **8. Dezember 2021** in der Hauptsache vernehmen zu lassen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

3.

Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'500.

4.

Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.