



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

VERWALTUNGSRECHTLICHE KAMMER

VERFÜGUNG

vom 18. Januar 2024

[Das Verfahren wurde im Anschluss an diesen Entscheid abgeschrieben.]

in Sachen

A. _____

Beschwerdeführerin

vertreten durch RA B. _____

gegen

Baudirektion des Kantons Zug

Beschwerdegegnerin

betreffend

Submission (Ausschluss aus dem Verfahren)

Aufschiebende Wirkung

V 2023 116

wird nach Einsicht in

- die angefochtenen Entscheide vom 6. Dezember 2023
- die Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023
- die Verfügung des Kammervorsitzenden vom 18. Dezember 2023
- die Stellungnahme der Baudirektion des Kantons Zug vom 11. Januar 2024

und in Erwägung, dass

- die Baudirektion des Kantons Zug (fortan: Baudirektion) für die Instandsetzung des Gebäudes Neugasse 1, Zug, für die Arbeitsgattung BKP 291 Generalplanerleistungen ein selektives Planerwahlverfahren durchführte;
- die Baudirektion mit Verfügung vom 6. Dezember 2023 A. _____ aus dem Vergabeverfahren ausschloss;
- die Baudirektion ebenfalls am 6. Dezember 2023 der Beschwerdeführerin mitteilte, der Zuschlagsentscheid sei zu Gunsten C. _____ ausgefallen;
- die Beschwerdeführerin, vertreten durch RA B. _____, gegen diese Entscheide am 14. Dezember 2023 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde erhob und folgende Anträge stellte:

- "1. Der Beschwerde sei superprovisorisch und dann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dem Beschwerdegegner sei zu untersagen, in dieser Angelegenheit einen Zuschlag zu erteilen bzw. – sofern der Zuschlag bereits erfolgt sein sollte – den Vertrag abzuschliessen.
2. Es seien die Ausschlussverfügung vom 6. Dezember 2023 sowie der Beschluss zur Empfehlung des Bewertungsgremiums an den Regierungsrat sowie der Regierungsratsbeschluss vom 5. Dezember 2023 aufzuheben und der Beschwerdegegner sei anzuweisen, die Generalplanerleistungen für die Instandsetzung Neugasse 1 in Zug aufgrund einer (erneuten) korrekten Bewertung der Angebote, unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin und unter Bezugnahme auf die in den Ausschreibungsunterlagen bereits bekannt gegebenen Zuschlagskriterien der Beschwerdeführerin zu vergeben.
3. Eventualiter zu Antrag Ziff. 2: Für den Eventualfall, dass der Beschwerdegegner nach einem allenfalls bereits erfolgten Zuschlag bereits einen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen haben sollte, sei die Rechtswidrigkeit der Ausschlussverfügung vom 6. Dezember 2023 sowie des allenfalls erfolgten Zuschlags festzustellen. Zudem sei der Beschwerdeführerin eine Entschädigung von CHF 43'160.– vom Beschwerdegegner zu bezahlen.
4. Der Beschwerdeführerin sei vom Beschwerdegegner die ihr zustehende Entschädigung von CHF 8'000.00 gemäss Ziffer 2.8 des Ausschreibungsprogrammes (Phase II) zu vergüten.

5. Es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, die vollständigen Akten aus dem Vergabeverfahren einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.
 6. Es sei das Angebot der Beschwerdeführerin sowie alle weiteren Akten, welche Informationen zum Angebot der Beschwerdeführerin enthalten, gegenüber allfälligen Dritten vertraulich zu behandeln.
 7. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Akten des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen und ihre Beschwerde zu ergänzen und allenfalls anzupassen.
 8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."
- das Verwaltungsgericht gemäss § 6 Abs. 1 lit. a des Submissionsgesetzes (SubG; BGS 721.51) Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BGS 721.52) beurteilt;
 - die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 17 Abs. 1 IVöB), die Beschwerdeinstanz jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen kann;
 - das Gericht mit Verfügung vom 18. Dezember 2023 der Beschwerde vorläufig und vorsorglich aufschiebende Wirkung erteilte und der Beschwerdegegnerin einstweilen untersagte, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung den Vertrag abzuschliessen;
 - die Erteilung der aufschiebenden Wirkung voraussetzt, dass die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB);
 - aufgrund einer Prima-facie-Beurteilung darüber zu befinden ist, ob sich die Beschwerde mutmasslich als begründet oder unbegründet erweist, ohne dass zeitraubende Abklärungen vorgenommen werden müssen, und bei diesem Entscheid der zuständigen Beschwerdeinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht;
 - das Bundesgericht dem Umstand, dass die vergaberechtliche Gesetzgebung Rechtsmitteln in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommen lässt, einen besonderen Stellenwert einräumt und daraus jedenfalls geschlossen werden kann, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung eines Vergabeentscheides ein erhebliches Gewicht zukommt (BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.);

- gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, mit der Beschwerde gerügt werden können; Unangemessenheit kann jedoch nicht geltend gemacht werden (Abs. 2);
- die Baudirektion ihren Entscheid, die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen, damit begründet, in Ziffer 2.10 des Programms Angebotsphase (Phase II) werde explizit gefordert, dass der Aufwand für die Anwendung von BIM [Building Information Modeling; deutsch: Bauwerksdatenmodellierung] in der Honorarofferte (Unterlage C04) auszuweisen sei. Bei Vorprüfung des Angebots der Beschwerdeführerin sei festgestellt worden, dass hierzu keine Angaben gemacht worden seien. Ohne diese Angaben sei die Vergleichbarkeit des mit 25 % gewichteten Zuschlagskriteriums ZK4 Honorarofferte nicht gegeben. Deshalb handle es sich bei der Unterlassung der Angaben zum Mehraufwand BIM um einen wesentlichen Verstoss gegen das Verfahrensprogramm;
- die Beschwerdeführerin geltend macht, die Behauptung, dass von der Beschwerdeführerin in der Unterlage C04 keine Angaben zu Aufwendungen von BIM ausgewiesen worden seien, sei falsch. Richtig sei, dass für die Anwendung von BIM in der Honorarofferte (Unterlage C04) die Beschwerdeführerin bewusst auf eine zusätzliche Vergütung für den Einsatz von BIM verzichtete gehabt habe und daher CHF 0.– (Schweizer Franken Null) eingesetzt habe. Das interne E-Mail der Beschwerdeführerin vom 27. September 2023 zeige, dass von Anfang an keine Zusatzleistungen für BIM hätten geltend gemacht werden wollen. Es zeige, dass kein formeller Fehler vorliege, welcher nun kassiert werden solle. Fakt sei, dass die Beschwerdeführerin bewusst keinen Mehraufwand für BIM angeboten habe. In Ziffer 2.10 des Programmes für die Angebotsphase (Phase II) stehe lediglich, dass in der Honorarofferte (Unterlage C04) der Aufwand für die Anwendung von BIM auszuweisen sei. Es stehe nicht, dass dieser in jedem Fall auszuweisen sei, auch wenn kein Aufwand geltend gemacht werde. Entsprechend könne Ziffer 2.10 nur so verstanden werden, dass der Aufwand für die Anwendung von BIM auszuweisen sei, wenn ein solcher Aufwand von einem Vergabeteilnehmer tatsächlich geltend gemacht werde. Es sei an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die vorprogrammierte Excel-Tabelle zur Honorarofferte (Unterlage C04), welche von Seiten D. _____ den am Verfahren Teilnehmenden zur Verfügung gestellt worden sei, nur bedingt individuell habe bearbeitet werden können und die von der Beschwerdeführerin eingegebene Null nicht habe dargestellt und die Zeilenformation nicht habe überschrieben werden können. Auch die technische Möglichkeit zur Bearbeitung der Tabelle lasse darauf schliessen, dass nur ein Aufwand angegeben werden müsse, wenn ein solcher geltend gemacht werde. Auch bei den Reisekosten, welche die Beschwerdeführerin ebenfalls mit Null offerierte habe, sei die Ausgangslage die gleiche gewesen. Weiter sei es nicht möglich gewesen, im Dokument eine Bemerkung zu ergänzen. Eine Manipulation der Tabelle oder eine nicht zulässige Bemerkung hätte bei der Vorprüfung allenfalls auch zu einem Ausschluss führen können. Auf Seite 14 des Programmes für die Angebotsphase (Phase II) stehe zudem "Die Anwendung der BIM-Methode sowie die hierfür erforderlichen planeri-

schen und koordinativen Vorleistungen sind im Gesamthonorar enthalten (siehe Ziffer 3.10)". Dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Angebot könne ein Gesamttotal entnommen werden. Es sei entsprechend auch gemäss erwähnter Beschreibung im Programm für die Angebotsphase (Seite 14) davon auszugehen, dass in diesem Gesamtangebot die allfälligen Aufwendungen für BIM enthalten seien. Da diese, wie bereits ausgeführt, Null gewesen seien, habe die Beschwerdeführerin in der Rubrik "Zusatzleistung Mehraufwand BIM" auch keinen Betrag eingesetzt bzw. habe dies aufgrund der technischen Gegebenheiten nicht mit "Null" ausweisen können. Die unklare Formulierung im Programm für die Angebotsphase (Phase II) zusammen mit der technischen Unmöglichkeit, den offerierten Mehraufwand für BIM mit Null zu deklarieren, dürfe nicht dazu führen, dass die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werde. Es handle sich offensichtlich um einen willkürlichen und überspitzt formalistischen Akt;

- die Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 22. Dezember 2023 mitteilte, sie verzichte auf eine Stellungnahme;
- die Baudirektion in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2024 folgende Anträge stellte:
 - "1. Die Beschwerde vom 14. Dezember 2023 sei vollumfänglich abzuweisen;
 2. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei die vorläufig und vorsorglich verfügte aufschiebende Wirkung der Beschwerde mittels Zwischenentscheid umgehend zu entziehen;
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin."
- die Baudirektion vorbringt, ihr sei von der Beschwerdeführerin die Honorarofferte im Rahmen des Wettbewerbsverfahrens einerseits in Papierform und andererseits als PDF-File elektronisch zugestellt worden. Sowohl der in Papierform eingereichten Honorarofferte als auch dem PDF-File sei zu entnehmen, dass die Felder TA1 Zusatzleistungen, Mehraufwand BIM, und TA2 Zusatzleistungen, Mehraufwand BIM, leer seien. Gestützt auf diese Honorarofferte mit nicht ausgefüllten Feldern habe die Baudirektion den Ausschluss der Beschwerdeführerin verfügt. Für die Baudirektion sei kein anderer Schluss möglich gewesen, als dass die Beschwerdeführerin ein Teilangebot eingereicht habe. Dies habe es unmöglich gemacht, das Angebot der Beschwerdeführerin mit den anderen eingereichten Angeboten zu vergleichen. Es handle sich klarerweise nicht um eine untergeordnete Abweichung von den Vorgaben in der Ausschreibung, die mit Blick auf das Preis-Leistungsverhältnis unbedeutend wäre. Die Gewährung der Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels durch die Vergabestelle hätte folglich das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verletzt und sei deshalb keine Option gewesen. Im Wettbewerbsprogramm werde in einem eigens dafür vorgesehenen Kapitel (Ziff. 2.10) explizit festgehalten, dass der Aufwand für die Anwendung der BIM-Methode auszuweisen

sei. Zudem werde ganz oben in der Honorarofferte und gelb hervorgehoben vermerkt, dass für die Honorarofferte die gelben Felder auszufüllen seien. Die von der Beschwerdeführerin leer gelassenen Positionen "Zusatzleistungen, Mehraufwand BIM" seien in der Honorarofferte dementsprechend gelb gekennzeichnet gewesen. Wenn die Beschwerdeführerin ausführe, sie habe auf eine zusätzliche Vergütung für den Einsatz der BIM-Methode verzichten wollen, sei festzuhalten, dass es sich in diesem Fall lediglich pro forma um einen Verzicht der Vergütung gehandelt hätte. Faktisch hätten sich die Kosten in den anderen Positionen niedergeschlagen (was von den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls nicht vorgesehen gewesen sei). Da das Wettbewerbsprogramm explizit festhalte, dass "In der Honorarofferte (Unterlage C04) [...] der Aufwand für die Anwendung von BIM auszuweisen [ist]" (vgl. S. 10 Abs. 2 des Wettbewerbsprogramms), sei ein Verzicht auch gar nicht vorgesehen und die Baudirektion habe folglich auch nicht damit rechnen müssen;

- die Baudirektion weiter ausführt, selbst wenn es zulässig gewesen wäre, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Verzichts auf eine zusätzliche Vergütung in die Excel-Tabelle Fr. 0.– hätte eingeben dürfen – was bestritten werde –, dies aber technisch nicht möglich war, wären der Beschwerdeführerin andere Möglichkeiten offen gestanden, dies mitzuteilen. Die Beschwerdeführerin habe aber keinerlei Bemühungen unternommen, um die Baudirektion über ihre Intention zu informieren. Soweit die Beschwerdeführerin die Behauptung vorschiebe, die zur Verfügung gestellte Excel-Tabelle hätte generell zu Unklarheiten geführt, was bestritten werde, sei sie auf ihre Fragepflicht hinzuweisen;
- gemäss § 26 Abs. 1 lit. i der Submissionsverordnung (SubV; BGS 721.53) eine Anbieterin oder ein Anbieter von der Teilnahme insbesondere ausgeschlossen wird, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme im selektiven Verfahren oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen;
- eine Prima-facie-Beurteilung der Angelegenheit ergibt, dass der Baudirektion wohl zuzustimmen ist, dass aus der von ihr zur Verfügung gestellten Excel-Tabelle in Verbindung mit den Ausführungen im Programm Angebotsphase (Phase II) in genügender Klarheit hervorgeht, dass zum einen kein Verzicht auf die Vergütung für den Einsatz der BIM-Methode vorgesehen war und zum anderen gefordert war, den Aufwand für die Anwendung von BIM auszuweisen;
- Letzteres die Beschwerdeführerin unterlassen hat, was eine wesentliche Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung darstellt;
- es durchaus Alternativen gegeben hätte, der Vergabestelle mitzuteilen, dass man beabsichtige, auf die Vergütung für den Einsatz der BIM-Methode zu verzichten, auch wenn es nicht möglich war, in die Excel-Tabelle Fr. 0.– einzugeben;

- festzustellen ist, dass es sich bei der Offerte der Beschwerdeführerin daher wohl um ein unzulässiges Teilangebot bzw. um ein Angebot handelt, das nicht sämtliche in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Angaben enthält, was es nicht möglich macht, das Angebot der Beschwerdeführerin mit den anderen eingereichten Angeboten zu vergleichen; eine nachträgliche Behebung des Mangels hätte zudem vermutlich eine Ungleichbehandlung der übrigen Anbieterinnen bzw. eine Bevorzugung der Beschwerdeführerin zur Folge gehabt;
- deshalb der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren vermutlich zu Recht erfolgte;
- sich aus diesen im Rahmen einer Prima-facie-Beurteilung erfolgten Erwägungen ergibt, dass die Beschwerde voraussichtlich als nicht begründet erscheint und wohl eher nicht gutgeheissen werden kann, was zur Aufhebung der vorläufig und vorsorglich erteilten aufschiebenden Wirkung und zur Feststellung führt, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt werden kann;
- die Beschwerdeführerin u.a. beantragt, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, die vollständigen Akten aus dem Vergabeverfahren einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren;
- die Baudirektion dem Gericht lediglich den Kostenvergleich der eingereichten Offerten einreichte und diesen als vertraulich bezeichnet hat;
- es im aktuellen Verfahrensstand lediglich darum geht, zu prüfen, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren zu Recht oder zu Unrecht erfolgte; sollte sich wider Erwarten im weiteren Verfahrensverlauf herausstellen, dass der Ausschluss zu Unrecht erfolgte, würde das Gericht die Baudirektion auffordern, weitere Akten aus dem Vergabeverfahren einzureichen, welche dann der Beschwerdeführerin – unter Einhaltung der Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der übrigen Anbieterinnen – zur Einsicht sowie Stellungnahme weitergeleitet würden;
- das Gericht gestützt auf § 26 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) von der Partei, die ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen kann; wird der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist geleistet, so kann das Verfahren abgeschrieben werden;
- gegen diese Verfügung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden kann, sofern die Beschwerdeführerin der Meinung ist, mit der Verfügung würden verfassungsmässige Rechte verletzt,

Folgendes verfügt:

1. Die vorläufig und vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird aufgehoben.
2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die Beschwerdeführerin hat dem Gericht bis zum **9. Februar 2024** (Datum der Gutschrift auf das PC-Konto der Kantonalen Finanzverwaltung) einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu bezahlen, ansonsten das Verfahren vom Geschäftsverzeichnis des Verwaltungsgerichts abgeschrieben wird. Der Kostenvorschuss ist auf folgendes Konto zu bezahlen:

Die Schweizerische Post – Postfinance, Mingerstrasse 20, 3030 Bern	
BIC (SWIFT-Adresse)	POFICHBEXXX
IBAN (Kontonummer)	CH44 0900 0000 8000 2130 7 (80-2130-7)
Kontoinhaber	Kanton Zug, Finanzverwaltung, Postfach, 6301 Zug
Vermerk (zwingend anzugeben)	Konto E. _____ A. _____

4. Die Beschwerdeführerin erhält Gelegenheit, dem Gericht bis zum **22. Februar 2024** eine Replik (im Doppel) einzureichen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden.
6. Mitteilung an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (im Doppel; Beilage: Stellungnahme der Baudirektion vom 11. Januar 2024), an die Baudirektion des Kantons Zug, an die Finanzverwaltung des Kantons Zug (nur Dispositiv), an die Wettbewerbskommission, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern, sowie z.K. an C. _____ (nur Dispositiv).

Zug, 18. Januar 2024

kop

Der Vorsitzende

V 2023 116

Dr. Aldo Elsener

Hinweise

Der Vergabeentscheid enthält in der Regel nur eine summarische, oft auf formelle Angaben beschränkte Begründung. Eine eigentliche Begründung erhalten die Beschwerdeführenden regelmässig erst mit der Vernehmlassung der Vergabestelle. Wird aufgrund dieser Begründung die Beschwerde zurückgezogen, wird das Verfahren in der Regel unter ermässigten Kostenfolgen für den/die Beschwerdeführer/in abgeschlossen. Hat das Gericht über die Beschwerde zu entscheiden, werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt.

Ist ein Beschwerdeverfahren ohne aufschiebende Wirkung gegen den Zuschlag hängig, so darf die Vergabestelle den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin oder dem berücksichtigten Anbieter abschliessen. Der Vertragsschluss ist von der Vergabestelle umgehend dem Gericht mitzuteilen. Ist der Vertrag abgeschlossen, kann das Gericht nur noch die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids feststellen, wenn sich die Beschwerde als begründet erweisen sollte. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit ermöglicht dem/der Beschwerdeführer/in die Geltendmachung von Schadenersatzbegehren.