

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2014/178 vom 19. September 2014

Sg Verwaltungsgericht, 2014-09-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2014_178

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2014/178 du 19 septembre 2014

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2014/178 del 19 settembre 2014

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die ausgeschriebenen Arbeiten sind Teil des Innenausbaus eines komplexen Bauvorhabens mit vor- und insbesondere nachgelagerten Arbeiten. Deshalb kommt der Einhaltung der Termine der einzelnen Teilarbeiten für die zeitlich zuverlässige Planbarkeit der Erstellung innert absehbarer Frist ein grosses Gewicht zu. Da bei der Realisation eines solchen Projekts regelmässig nicht alle Teilarbeiten vor Baubeginn vergeben werden, sondern vielmehr ein "rollendes" Vorgehen nach Baufortschritt zweckmässig ist, kann der Vorinstanz nicht entgegen gehalten werden, sie habe bei der Ausschreibung der Deckenbekleidungen und Kühlelemente einem möglichen Rechtsmittelverfahren zu wenig Gewicht beigemessen. Die Gesuchstellerinnen legen nicht dar, ob und weshalb die geringfügig von der Ausschreibung abweichende Ausführung des Musters der Gesuchsgegnerin die Funktion beeinträchtigen und so den technischen Anforderungen nicht genügen würde. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass es sich beim Beschrieb diesbezüglich um eine ästhetische Frage handelt und die Vorinstanz, indem sie das Angebot der Gesuchsgegnerin nicht ausschloss, ihr Ermessen jedenfalls nichts rechtsfehlerhaft ausgeübt hat (Verwaltungsgericht, Präsidialverfügung, B 2014/178).

Erwägungen

E. 1

Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung hat gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entscheiden. 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).

E. 2

Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, abgekürzt EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, abgekürzt IVöB) kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint (dazu nachfolgend Erwägung 2.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (dazu nachfolgend Erwägung 2.1). 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).

E. 2.1

Nach Auffassung der Gesuchstellerinnen kann ihnen der Zuschlag innert kurzer Zeit erteilt werden. Die zeitliche Dringlichkeit dürfe nur eine Rolle spielen, wenn sie nicht auf ungenügende Zeitplanung zurückgehe. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Betonbauten für den Rohbau seien bereits weit fortgeschritten. Mit einer Verzögerung gerieten der Gesamtterminplan und die Übergabe des Gebäudes in Verzug. Damit seien enorme zusätzliche Kosten verbunden, unter anderem für fortdauernde Miete und Unterhalt der Bauinstallation, Überwachung der Baustelle, zusätzlichen Planungsaufwand und Verschiebung des Umzugs. Die Vorinstanz möchte Mitte Februar 2015 mit dem sechs Monate beanspruchenden Einbau der Deckenbekleidungen und Kühldeckenelemente beginnen, um den Bezugstermin Ende 2015 einzuhalten. Müsse er verschoben werden, verlängere sich die Miete des Provisoriums. Die Einhaltung des Terminplans war zwar weder Teil der Eignungsprüfung (act. 10/2, Formular Eignungsprüfung) noch ein Zuschlagskriterium (act. 10/2, Seite 2). Indessen wurde in der Ausschreibung – entsprechend dem detaillierten Terminplan in den Unterlagen zur Ausschreibung (act. 10/2, Seite 15) - der Ausführungstermin Februar bis August 2015 angegeben (act. 10/1). Die ausgeschriebenen Arbeiten sind Teil des Innenausbaus eines komplexen Bauvorhabens mit vor- und insbesondere nachgelagerten Arbeiten. Deshalb kommt der Einhaltung der Termine der einzelnen Teilarbeiten für die zeitlich zuverlässige Planbarkeit der Erstellung innert absehbarer Frist ein grosses Gewicht zu. Die Vorinstanz geht von einem zeitlichen Aufwand für die Bereinigung des Auftrags von eineinhalb und einem Vorlauf von drei Monaten für Materialbestellung und Fabrikation der Bauteile aus. Dieser Zeitaufwand erscheint realistisch. Da bei der Realisation eines solchen Projekts regelmässig nicht alle Teilarbeiten vor Baubeginn vergeben werden, sondern vielmehr ein "rollendes" Vorgehen nach Baufortschritt zweckmässig ist, kann der Vorinstanz auch nicht entgegen gehalten werden, sie habe bei der Ausschreibung der Deckenbekleidungen und Kühlelemente einem möglichen Rechtsmittelverfahren zu wenig Gewicht beigemessen. Zur Einhaltung des Terminplans müsste das Beschwerdeverfahren in rund zwei Wochen abgeschlossen sein. Dies ist allein schon angesichts der voraussichtlichen Dauer des Schriftenwechsels unrealistisch. Auch wenn die Vorinstanz die drohenden Zusatzkosten bei einer Verzögerung nicht quantifiziert, wiegt das gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung stehende private Interesse der weiteren am Bau beteiligten Unternehmer an der zeitlichen Planbarkeit ihrer Arbeiten und das öffentliche Interesse an der Fertigstellung des Gebäudes innert absehbarer Frist – insbesondere auch mit Blick auf den Grundsatz von Art. 17 Abs. 1 IVöB, welcher der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung einräumt – beträchtlich.

E. 2.2

Die Beschwerde erscheint bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als ausreichend begründet. Nach Auffassung der Gesuchsgegnerin ist das Angebot der Gesuchstellerinnen auszuschliessen, weil es nicht rechtsgültig unterzeichnet war (dazu nachfolgend E. 2.2.1). Demgegenüber machen die Gesuchstellerinnen geltend, das Angebot der Gesuchsgegnerin sei auszuschliessen, weil es die technischen Anforderungen gemäss Leistungsverzeichnis nicht erfülle und die Gesuchsgegnerin keine Lehrlinge ausbilde (dazu nachfolgend E. 2.2.2). Sie beanstanden sodann die Bewertung des Angebots der Gesuchsgegnerin hinsichtlich technischer Ausführung und Ästhetik (dazu nachfolgend E. 2.2.3).

E. 2.2.1

Die Gesuchsgegnerin bringt vor, das Angebot der Gesuchstellerinnen sei mangels ausreichender Unterzeichnung durch die isolag AG nicht rechtsgültig und auszuschliessen. Es fehle ihnen deshalb an einem Rechtsschutzinteresse zur Änderung des Zuschlags. Die isolag AG reichte im Beschwerdeverfahren eine rechtsgültig unterzeichnete Bestätigung ein, wonach ihr Verwaltungsratspräsident zu sämtlichen Handlungen im Submissionsverfahren, insbesondere zur Alleinunterzeichnung des Angebots bevollmächtigt war. Die Gesuchstellerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe die Einzelunterschrift als ausreichend erachtet, andernfalls sie auf den unwesentlichen Formmangel hätte aufmerksam machen müssen. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wer wesentliche Formvorschriften des Vergabeverfahrens verletzt. Die "Kann-Vorschrift" räumt dem Auftraggeber einen Spielraum bezüglich der Frage ein, ob ein Anbieter im Einzelfall vom Verfahren ausgeschlossen werden soll. Das Ermessen ist jedoch pflichtgemäss auszuüben und insbesondere ist dem Rechtsgleichheitsgebot, dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Ein wirksamer Wettbewerb als wesentliche Zielsetzung einer jeden Submission gebietet, bei der Kontrolle der Bewerbungsunterlagen nicht zu kleinlich vorzugehen (vgl. GVP 2002 Nr. 33). In der Literatur wird die Auffassung vertreten, selbst eine fehlende Hauptunterschrift auf dem Deckblatt der Offerte sei ein der Verbesserung zugänglicher Fehler (vgl. Beyeler/Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 65 ff., Rz. 76). Auf dem für die Einreichung der Angebote vorgeschriebenen Formular wird einzig darauf hingewiesen, dass nicht handschriftlich – bei Arbeitsgemeinschaften von allen Partnern - unterzeichnete Angebote ausgeschlossen werden (act. 10/2, Seite 1). Eine Unterzeichnung entsprechend den Bevollmächtigungen, wie sie sich aus dem Handelsregister ergeben, wurde nicht verlangt. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen war – wie es auf dem Eingabeformular verlangt war – für alle an der Arbeitsgemeinschaft beteiligten Unternehmen handschriftlich unterzeichnet. Da mit dem Angebot auch ein Auszug der Anbieterinnen aus dem Handelsregister eingereicht worden war, war für die Vorinstanz klar erkennbar, dass im Submissionsverfahren für die isolag AG deren kollektivzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident allein auftrat. Wenn sie dies akzeptierte und das Angebot der Gesuchstellerinnen als rechtsverbindlich erachtete, war dies angesichts der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung nicht rechtswidrig. Als unterlegene Bewerberinnen haben die Gesuchstellerinnen somit ein legitimes Rechtsschutzinteresse und erscheinen beschwerdelegitimiert.

E. 2.2.2

Die Gesuchstellerinnen machen geltend, bei der Besichtigung der anfangs Juni 2014 montierten Deckenmodelle hätten sie festgestellt, dass das Muster der Gesuchsgegnerin nicht nach den Vorschriften erstellt worden sei. Der Leistungsbeschreibung sehe ausdrücklich vor, dass die Platten des Mustermodells scharfkantig, aber stumpf gestossen sein müssen. Die Platten der Gesuchsgegnerin seien zwar scharfkantig, liessen aber eine Fuge von rund drei Millimetern offen und seien mit einem Fugenband ausgestaltet. Zudem sei die Stirne auf der falschen Seite montiert worden, ohne die entsprechende Aussparung für Rohre usw. Sodann bilde die Gesuchsgegnerin keine Lehrlinge aus. Wenn die Vorinstanz ihr trotzdem

den Zuschlag erteilt habe, habe sie das Kriterium vollkommen aufgegeben. Entspreche das Angebot nicht den Vorgaben gemäss Ausschreibung, sei es vom Submissionsverfahren auszuschliessen. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, sie habe ein vollständiges Angebot eingereicht. Das von ihr erstellte Modell entspreche den Anforderungen und sei vom beauftragten Ingenieur abgenommen worden. Selbst – hier nicht vorliegende – geringfügige und mittelschwere Fehler rechtfertigten keinen Ausschluss. Die Vorinstanz bringt vor, in Bezug auf die Qualität und Ästhetik seien keine Minimalanforderungen definiert worden. Die Lehrlingsausbildung sei kein Eignungs-, sondern ein Zuschlagskriterium. Gemäss Art. 12 Abs. 1 VöB nennt exemplarisch die Gründe, aus denen ein Anbieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann. Nach der Praxis kann ausgeschlossen werden, wer ein unvollständiges Angebot einreicht. Wie ausgeführt (oben Erwägung 2.2.1) kommt der Vergabebehörde diesbezüglich ein Spielraum zu. Es entspricht indessen dem Verhältnismässigkeitsprinzip, Teilnehmer nicht wegen jedes Mangels aus dem Wettbewerb auszuschliessen. Ebenso gebietet ein wirksamer Wettbewerb als wesentliche Zielsetzung einer jeden Submission, bei der Kontrolle der Bewerbungsunterlagen nicht zu kleinlich vorzugehen (vgl. GVP 2001 Nr. 19 mit Hinweis auf ZBl 102/2001 S. 219). Dies gilt namentlich bei komplexen und umfangreichen Vergaben (vgl. dazu VerwGE vom 6. Dezember 2002 i.S. ARGE Z.). Die Ausschreibung verweist hinsichtlich der Eignungs- und der Zuschlagskriterien auf die Unterlagen. Sowohl Qualität und Ästhetik als auch die Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung (Lehrlingsausbildung) wurden als Zuschlagskriterien genannt. Hätte die Vorinstanz, wie es die Gesuchstellerinnen als richtig erachten, das Angebot der Gesuchsgegnerin aus ästhetischen Gründen oder wegen der mangelnden Lehrlingsausbildung ausgeschlossen, hätte sie – was unzulässig wäre – den Aspekt der Zulässigkeit des Angebotes im Sinne der Erfüllung der Eignungskriterien mit jenem der Bewertung vermischt (vgl. BGer 2P.153/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 4). Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht das Angebot der Gesuchsgegnerin, welche keine Lehrlinge ausbildet, bei diesem Kriterium mit null Punkten, jenes der Gesuchstellerinnen mit einem Punkt bewertet (act. 10/7). Im Formular Eignungsprüfung wird mit Bezug auf die konkreten Arbeiten einzig auf die anzugebenden Referenzen Bezug genommen. Deshalb können die Beschwerdeführerinnen daraus, dass Deckenpaneele/Deckensegel gemäss Leistungsverzeichnis Deckenbekleidungen (Pos. 2 des allgemeinen Beschriebs) scharfkantige, stumpf gestossene Fugen aufweisen sollen, nicht schliessen, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei auszuschliessen. Die Gesuchstellerinnen legen nicht dar, ob und weshalb die geringfügig von der Ausschreibung abweichende Ausführung des Musters der Gesuchsgegnerin die Funktion beeinträchtigen und so den technischen Anforderungen nicht genügen würde. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass es sich beim Beschrieb diesbezüglich um eine ästhetische Frage handelt und die Vorinstanz ihr Ermessen, indem sie das Angebot der Gesuchsgegnerin nicht ausschloss, ihr Ermessen jedenfalls nicht rechtsfehlerhaft ausgeübt hat.

E. 2.2.3

Die Gesuchstellerinnen machen geltend, bei der Bewertung sei zu berücksichtigen, dass die Gesuchsgegnerin die Qualitätsvorgaben und die formalen Ansprüche nicht erfülle. Zur Preisdifferenz von 24,42 Prozent habe die Vorinstanz den Gesuchstellerinnen zugesichert, ausschlaggebend seien die Deckenmodelle. Habe die Preisdifferenz ohnehin nicht mehr wettgemacht werden können, hätte die Vorinstanz kein Modell einfordern dürfen. Der Preis sei offenbar so stark gewichtet worden, dass sogar an der ausgeschriebenen Qualität und an der Lehrlingsausbildung Abstriche gemacht worden seien. Es dürften nicht mit dem Preis

mehrere Zuschlagskriterien "kompensiert" werden. Es liege im öffentlichen Interesse, im Submissionsverfahren die Gleichbehandlung sämtlicher Anbieter zu wahren und einen unlauteren Wettbewerbsvorteil zu verhindern. Die Vorinstanz hält entgegen, bei der mit 30 Prozent gewichteten Qualität und Ästhetik habe die Fugengrösse keine Rolle gespielt. Das Muster der Gesuchstellerinnen weise mit 64 Watt - gegenüber 60 bei der Gesuchsgegnerin - pro Quadratmeter eine geringfügig bessere Kühlleistung aus. Bei der Akustik sei das Muster der Gesuchstellerinnen mit einem freien Lochanteil von 48 Prozent – gegenüber 62 bei der Gesuchsgegnerin – wesentlich schlechter bewertet. Bei der Ästhetik seien die unbedeutend schlechteren Abschlüsse an den Ecken und an den Seiten des Musters der Gesuchsgegnerin nicht so relevant gewesen, da diese nach Montage aller Deckenelemente von Auge nicht mehr wahrgenommen würden. Die stumpf gestossenen Fugen beim Muster der Gesuchstellerinnen seien etwas besser bewertet worden. Die Gesuchsgegnerin habe zugesichert, eine Ausführung scharfkantig, stumpf gestossen sei ohne Mehrpreis möglich. Die Gesuchstellerinnen bildeten bei einem Mitarbeiterbestand von 54 einen Lehrling, die Gesuchsgegnerin überhaupt keinen aus. Insgesamt sei der tiefere Preis ausschlaggebend gewesen. Die Vorinstanz hat die Ästhetik des Angebots der Gesuchsgegnerin etwas geringer gewichtet. Bei der Bewertung des Angebots nach dem offerierten Preis lag das Angebot der Gesuchstellerinnen 0,49 von maximal 10 gewichteten Punkten unter jenem der Gesuchsgegnerin (2,01 gegenüber 2,5 gewichteten Punkten). Die von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung beschriebenen Beurteilungsdifferenzen beim Kriterium "Qualität und Ästhetik" erscheinen nachvollziehbar. Die Ästhetik wurde innerhalb des Kriteriums mit 50 Prozent gewichtet und bei den Gesuchstellerinnen mit zehn und bei der Gesuchsgegnerin mit neun Punkten gewertet (vgl. act. 10/7, Seite 5). Insoweit hat die Vorinstanz dem Unterschied hinsichtlich der Ausgestaltung der Kanten und Fugen entsprechend dem ihr zukommenden Spielraum der Bewertung Rechnung getragen. Schliesslich erscheint die von den Gesuchstellerinnen geltend gemachte Aussage, die Beurteilung des Musters sei ausschlaggebend, nicht falsch. Die Zuschlagskriterien wurden entsprechend ihrer Rangfolge mit 35 (Referenzen), 30 (Qualität und Ästhetik), 25 (Preis) und 10 Prozent (Lehrlingsausbildung) gewichtet. Für die Beurteilung der Qualität waren die anhand der Muster ermittelten Ergebnisse hinsichtlich Kühlung und Akustik entscheidend. Es war bei der zwar erheblichen Preisdifferenz, die allerdings nur mit 25 Prozent, das heisst mit 0,49 von zehn gewichteten Punkten, ins Gewicht fiel, deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen, diesen Rückstand in der Qualitätsbewertung aufzuholen. Die Vorinstanz hat deshalb bei der Einladung der Gesuchstellerinnen zur Bemusterung keine vergaberechtlichen Grundsätze verletzt. Zudem übernimmt sie gemäss den Ausführungen in ihrer Vernehmlassung die mit der Bemusterung entstandenen Kosten.

E. 3

Zusammenfassend erscheint die Beschwerde insbesondere mit Blick auf die erheblichen öffentlichen und privaten Interessen an der Einhaltung des Terminplans nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch, es sei ihr die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist deshalb abzuweisen.

E. 4

Die Vorinstanz, soweit sie dies nicht bereits getan hat, und die Beschwerdegegnerin sind einzuladen, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 3. Oktober 2014 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenützter Frist Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen wird.

E. 5

Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten dieser Verfügung von CHF 1'000 der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP; Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die Gesuchsgegnerin hat Anspruch auf die Entschädigung ihrer ausseramtlichen Kosten im Zwischenverfahren (Art. 98 und Art. 98bis VRP). Mangels Honorarnote ist die Entschädigung ermessensweise auf CHF 1'500 inklusive Barauslagen ohne Mehrwertsteuer – die Beschwerdegegnerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig - festzusetzen (Art. 6, 19 und 22 Abs. 1 lit. c der Honorarordnung, sGS 963.75). Entschädigungspflichtig ist die Gesuchstellerin.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.