



Fall-Nr.: B 2012/178
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 24.01.2013
Entscheiddatum: 24.01.2013

Urteil Verwaltungsgericht, 24.01.2013

Öffentliches Beschaffungswesen. Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung und Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuausschreibung, da die Ausschreibungsunterlagen vor den vergaberechtlichen Prinzipien nicht standhalten beziehungsweise die Vorinstanz ein Leistungskriterium nicht so anwendete, wie es im herkömmlichen Sinn zu verstehen ist (Verwaltungsgericht, B 2012/178).

Urteil vom 24. Januar 2013

Anwesend: Präsident lic. iur. B. Eugster; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. H. Fenners

In Sachen

Ostschweiz Druck AG, Hofstetstrasse 14, 9300 Wittenbach,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic.iur. Caroline Nordin, Museumstrasse 35, Postfach 41, 9004 St. Gallen,

gegen

Kanton St. Gallen, Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,



St.Galler Gerichte

und

Cavelti AG, Druck und Media, Wilerstrasse 73, 9200 Gossau SG,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Thomas Stadelmann, St. Galler Strasse 99,
Postfach, 9201 Gossau SG,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Amtsblatt des Kantons St. Gallen, Satzherstellung,
Druck, Papier, Ausrüsten und Spedition sowie Abonnementsverwaltung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Der Kanton St. Gallen, vertreten durch die Staatskanzlei, schrieb im Mai 2012 einen Auftrag für Satzherstellung, Druck, Papier, Ausrüsten und Spedition sowie Abonnementsverwaltung des Amtsblatts des Kantons St. Gallen im offenen Verfahren aus. Innert der Angebotsfrist gingen drei Angebote von drei Anbieterinnen ein. Den Zuschlag erhielt die Cavelti AG, Gossau. Die Zuschlagsverfügung datiert vom 13. August 2012 und wurde offenbar gleichentags versandt.

B./ Dagegen liess die Ostschweiz Druck AG mit Eingabe vom 23. August 2012 (Datum Poststempel: 24. August 2012) Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben mit folgenden Anträgen:

"1. Die Zuschlagsverfügung vom 13. August 2012 betreffend Amtsblatt des Kantons St. Gallen, Staatskanzlei, sei vollumfänglich aufzuheben. Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurück zu weisen.

Eventualiter sei festzustellen – für den Fall, dass wider Erwarten der Vertrag zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin, die im angefochtenen



Entscheid den Zuschlag erhalten hat, bereits abgeschlossen ist – dass der Vergabeentscheid rechtswidrig ist.

Im Weiteren sei festzustellen, dass – für den Fall, dass wider Erwarten der Vertrag zwischen der Vorinstanz und der einzigen Anbieterin bereits abgeschlossen ist – der Vergabeentscheid sich nur auf den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2017 bezieht. Für die Arbeiten danach sei im dannzumaligen Zeitpunkt ein korrektes Submissionsverfahren durchzuführen.

2. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Der Beschwerdeführerin seien die Akten der Vorinstanz umgehend zur Einsichtnahme zuzustellen und es sei ihr nach Zustellung der Akten allenfalls im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels Gelegenheit zur Ergänzung der Beschwerde einzuräumen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin verzichteten auf eine Vernehmlassung zum Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 31. August 2012 die aufschiebende Wirkung, untersagte der Vorinstanz einstweilen den Vertragsabschluss und lud die Beschwerdeführerin ein, innert einer Frist bis 14. September 2012 zu den Vorakten Stellung zu nehmen.

Die entsprechende Stellungnahme wurde mit Eingabe vom 14. September 2012 erstattet. Die Vorinstanz erklärte sodann mit Eingabe vom 25. September 2012 Verzicht auf eine Vernehmlassung. Die Beschwerdegegnerin liess sich mit Eingabe vom 4. Oktober 2012 zur Beschwerde vernehmen. Dabei liess sie die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin beantragen.

Am 8. Oktober 2012 wurde der Vertreterin der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin zugestellt. Gleichzeitig wurde ihr eine Frist von 14 Tagen eingeräumt, um zu den in der Vernehmlassung allfällig vorgebrachten neuen



tatsächlichen und rechtlichen Argumenten eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Die Beschwerdeführerin liess sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 30. Oktober 2012 ergänzend vernehmen. Die Beschwerdegegnerin erstattete sodann am 8. November 2012 eine Duplik. Die Beschwerdeführerin liess sich hierzu noch mit Eingabe vom 22. November 2012 vernehmen.

Die von der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zur Begründung ihrer Anträge gemachten Ausführungen werden, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. (...).
2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit. a), sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (lit. b) gerügt werden. Aufgrund von Abs. 2 der gleichen Bestimmung kann hingegen Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden. Diese Regelung entspricht der Vorschrift von Art. 61 VRP.

Aus Art. 16 IVöB leitet das Verwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die

Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüfen muss, sondern die Beschwerdeführerin im Einzelnen darzulegen hat, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Die Beschwerdeführerin muss also dartun, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht oder Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung beziehungsweise Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (vgl. statt vieler: GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Zuschlagsverfügung mangelhaft begründet und den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. In diesem



Zusammenhang macht sie im Wesentlichen geltend, aus der Zuschlagsverfügung gehe nicht hervor, weshalb die Beschwerdegegnerin trotz Nichterfüllung des zwingend verlangten Zuschlagskriteriums der Eigenleistung nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden sei; dies lasse Zweifel an der Gleichbehandlung der Bewerber aufkommen. Auf diesen Einwand ist vorab einzugehen.

2.2. Die Ausschreibungsunterlagen unterscheiden bei den Leistungskriterien zwischen sogenannten «Muss-Kriterien», deren Nichterfüllung zum Ausschluss vom Verfahren führt, und sogenannten «Soll-Kriterien», die in der angegebenen Gewichtung bewertet werden. Zu den Musskriterien, die nur (aber immerhin) auf ihre Erfüllung geprüft werden und in die eigentliche Bewertung nicht einfließen, gehören die allgemeinen Zuschlagskriterien (1.) der «Eigenleistung», «Korrektorat» sowie «Kurierdienst». Die anderen Zuschlagskriterien (2.-5.) sind demgegenüber als Soll-Kriterien ausgestaltet, die nicht absolut erfüllt sein müssen, sondern relativ im Rahmen der bekannt gegebenen Gewichtung bei der Bewertung berücksichtigt werden; im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende Kriterien: «Preis» (für Satz, Druck, Papier und Ausrüsten) mit einer Gewichtung von 40% und unter dem gleichem Titel Reduktionen (für Minder-/Stehsatz, Ingress/Wiederholung und konvertierter Satz je Seite) und Ansätze (für Mehrsatz je Stunde und für Spedition, Abo-Verwaltung sowie Administration je Ausgabe) mit einer Gewichtung von 35%, «Referenzobjekt» mit einer Gewichtung von 10%, «Gut zum Druck» mit einer Gewichtung von 10% und «Lernende» mit einer Gewichtung von 5%.

2.2.1. Gemäss dem Kriterium der Eigenleistung muss die Unternehmung technisch so ausgerüstet sein, dass «Satz, Druck, Ausrüstung (Sammelhefter), Spedition und Abonnementsverwaltung von ihr selber ausgeführt werden können». Dies ist nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, auf den es bei der Auslegung von Leistungskriterien ankommt (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 533; M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1916 mit Hinweisen), so zu verstehen, dass die ausgeschriebene Leistung von der Anbieterin in allen Teilen selbst ausgeführt werden muss, mit anderen Worten eine Weitervergabe von Leistungsteilen an Subunternehmer ausgeschlossen ist. Eine Ausnahme vom Verbot der Weitervergabe ist einzig bei der Ausrüstung



vorgesehen, zumal gemäss dem Hinweis in der Klammer nur verlangt wird, dass die Sammelheftung, nicht aber die Klebebindung selbst ausgeführt werden kann.

2.2.2. Gegen diese Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen ist im Grundsatz nichts einzuwenden. Sie dient der Sicherstellung der Produktionssicherheit, was einen zureichenden Grund darstellt (vgl. dazu Beyeler, a.a.O., Rz. 1592 und 1594 ff.), um die Weitervergabe an Subunternehmer auszuschliessen, zumal das kantonale Amtsblatt wöchentlich jeweils montags zu einem bestimmten Zeitpunkt der Post zum Versand übergeben werden muss.

2.2.3. Nicht einzusehen ist hingegen, weswegen die persönliche Leistungserfüllung nicht auch die Klebebindung umfasst. Wenn schon der Aspekt der Produktionssicherheit so hoch geschrieben wird, was durch den in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Ausschluss der Weitervergabe an Subunternehmer noch einmal untermauert wird (vgl. «weitere Bedingungen»), so muss dieses Verbot doch auch für die Klebebindung gelten. Diese Einschränkung auf Sammelheftung beziehungsweise Unterscheidung zwischen Sammelheftung und Klebebindung erscheint nicht sachgerecht. Entgegen den Angaben in der Ausschreibung deuten die (gesamten) Ausschreibungsunterlagen im Übrigen nicht darauf hin, dass der Auftrag tatsächlich nur geheftete Ausgaben bis 128 Seiten umfasst. So müssen die offerierenden Unternehmen gemäss dem Eingabeformular in der Lage sein, das Produkt gemäss Anforderungsprofil herzustellen. Dabei wird auf beigelegte Muster verwiesen, worunter sich auch geklebte Hefte mit mehr als 128 Seiten befinden. Sollte dennoch gemeint sein, dass geklebte Ausgaben nicht zur nachgefragten Leistung gehören, so erwiese sich das in den Ausschreibungsunterlagen gestellte Anforderungsprofil als verwirrend. Zudem stellte sich die Frage, ob die Ausschreibung noch vor den vergaberechtlichen Prinzipien standhielte.

2.2.4. Hinzu kommt, dass erhebliche Bedenken bestehen, ob es zulässig ist, das Zuschlagskriterium der Eigenleistung als Muss-Kriterium zu definieren und es (somit) bei der eigentlichen Leistungsbewertung unberücksichtigt zu lassen:

2.2.4.1. Das Kriterium der Eigenleistung beschlägt die technische Leistungsfähigkeit. Dieser Aspekt ist bereits bei der Eignungsprüfung von Bedeutung, verweisen doch die



Ausschreibungsunterlagen für die Eignungskriterien auf den Abschnitt C im «Eingabeformular Eignungsprüfung» (Beilage 1). Dieser Abschnitt befasst sich mit der technischen Leistungsfähigkeit (vgl. Titel). Dabei müssen die Anbieterinnen beantworten, ob sie über EDV-Infrastruktur und Druckmaschinen verfügen, um die Leistungen gemäss Beilagen 2 und 4 erbringen und das Produkt gemäss Anforderungsprofil (Muster) erstellen zu können; des Weiteren müssen sie angeben, ob sie über die personellen Ressourcen und die technische Leistungsfähigkeit verfügen, um die Termine einhalten zu können.

2.2.4.2. Die technische Leistungsfähigkeit wird also sowohl bei der Eignung als auch im Rahmen der Zuschlagskriterien geprüft. Die Eignungsprüfung beschränkt sich dabei auf das Vorhandensein von EDV-Infrastruktur sowie Druckmaschinen, während bei der Angebotsprüfung (mehr oder weniger) alle Arbeitsabläufe im Rahmen der Leistungserstellung von Bedeutung sind. Ist die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben, so wirkt sich dieser Umstand bei der Eignungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung – da die Eigenleistung als Muss-Leistungskriterium definiert ist – gleich aus: Die jeweilige Anbieterin ist vom Verfahren auszuschliessen. So sehen es jedenfalls die Ausschreibungsunterlagen vor.

2.2.4.3. In der Praxis wird die Frage, ob eine erneute Prüfung von Eignungskriterien im Rahmen der Zuschlagserteilung zulässig ist, uneinheitlich beantwortet beziehungsweise nicht durchwegs und uneingeschränkt befürwortet. Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen sprach sich beispielsweise für ein Verbot der Doppelprüfung aus, liess jedoch immerhin zu, dass Sachverhalte, die sich auf die Organisation, das Personal und allgemein auf die fachliche und technische Leistungsfähigkeit der Anbietenden beziehen, im Rahmen der Leistungskriterien berücksichtigt werden können, soweit dies nicht bereits bei der Eignungsprüfung geschah (Urteil vom 11. März 2005, in: VPB 69/2005 Nr. 56 E. 3). Das Zürcher Verwaltungsgericht geht noch einen Schritt weiter; es lässt zu, Zuschlagskriterien zu definieren, die auch Merkmale umfassen, die bereits bei der Eignung geprüft wurden (Urteil VB.2001.00095 vom 18. Dezember 2002). Gleich entschied das Verwaltungsgericht Aargau (Urteil vom 4. November 1999, in: AGVE 1999 Nr. 63 E. 2b).



Der Auffassung der kantonalen Gerichte ist beizupflichten, jedenfalls soweit die Leistungskriterien auf die Bewertung der Leistung ausgerichtet bleiben, mithin die Eigenschaften einer Anbieterin zur Bewertung der (künftigen) Leistung herangezogen werden. Vorliegend ist es nun aber nicht nur so, dass Gesichtspunkte, die bereits bei der Eignung eine Rolle spielen, beim Zuschlagsentscheid erneut berücksichtigt werden, sondern sie sind überdies Gegenstand eines Muss-Kriteriums. Dies macht zunächst einmal insofern keinen Sinn, als sie dann ebenso gut als Eignungskriterium hätten definiert werden können. Die Vorgaben erscheinen aber auch als unzulässig, sind doch die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Eignungs- und Zuschlagskriterien selbst nach derjenigen Meinung, die eine Angebotsbewertung unter Bezug von bereits bei der Eignung relevanten Sachverhaltselementen für zulässig hält, strikte zu beachten (vgl. VerwGE ZH VB 2001.00095 vom 18. Dezember 2002 E. 2d; a.M. offenbar Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Rz. 535 mit Hinweis auf ein Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Januar 2004). Es steht zwar nichts im Weg, auch im Rahmen der Leistungskriterien Anforderungen zu stellen, die zwingend einzuhalten sind. So ist es einer Vergabebehörde beispielsweise unbenommen, in den Ausschreibungsunterlagen vorzusehen, dass ein Angebot, das einen bestimmten Preis überschreitet, nicht weiter berücksichtigt wird. Diejenigen Angebote aber, die sich an die Preisvorgabe halten, sind zu bewerten. Gleich verhält es sich, wenn Gesichtspunkte, die bereits bei der Eignung geprüft wurden und damit anbieterbezogen sind, in der Ausschreibung als Leistungskriterium definiert werden. Gegen diese «Doppelprüfung» ist zwar (wie gesagt) grundsätzlich nichts einzuwenden, doch hat dann - mit Blick auf die bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung verfolgte Zielsetzung, das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu ermitteln – auch eine Bewertung zu erfolgen. Freilich kann diese Bewertung schlecht ausfallen, wenn sich ein Angebot als ungenügend erweist. Es nimmt dann aber am Verfahren teil, was ein wesentlicher Unterschied zum Verfahrensausschluss bei Nichterfüllung eines Muss-Kriteriums darstellt. Unter Umständen kann nämlich die schlechte Bewertung bei einem Kriterium mit einer hohen Punktzahl bei einem anderen Leistungskriterium aufgewogen werden. Bei der Bewertung kommt der Vergabebehörde sodann ein Ermessen zu mit der Folge, dass ein Angebot, das zwar nicht formal, jedoch funktional ein Leistungskriterium



gänzlich erfüllt, gleich benotet werden kann wie ein Angebot, das dem Leistungskriterium auch formal entspricht.

2.3. Ob die vorstehend (in den E. 2.2.3.-2.2.4.) geäusserten Bedenken an der Ausschreibung tatsächlich zu deren Rechtswidrigkeit führen, kann letztlich offen bleiben. Bejahendenfalls müsste die Ausschreibung wiederholt werden, da die Ausschreibungsunterlagen vor den vergaberechtlichen Prinzipien der Transparenz und Gleichbehandlung nicht standhielten (E. 2.2.3.) beziehungsweise keine Bewertung beim Kriterium der Eigenleistung vorsehen (E. 2.2.4.). Zum gleichen Resultat führt, wenn man sich auf den Standpunkt stellte, die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Eignungs- und Zuschlagskriterien seien in dieser Form nicht zu beanstanden. Alsdann hätte die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt oder die Beschwerdegegnerin in unzulässiger Weise bevorzugt, ist doch Letztere unbestrittenermassen nicht in der Lage, die Sammelheftung selbst vorzunehmen; dies fordert jedoch das Kriterium der Eigenleistung, so wie es herkömmlich verstanden wird. Insoweit würde der Beschwerdegegnerin der erst im Beschwerdeverfahren vorgelegte Mietvertrag (Beilage 4 zur Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 4. Oktober 2012) auch nicht weiterhelfen. Folge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung oder der unzulässigen Bevorzugung der Beschwerdegegnerin wäre aber auch in diesem Fall nicht die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin, sondern eine Rückweisung an die Vorinstanz zur erneuten Ausschreibung des Auftrages. Aufgrund der Vorgabe, dass (mit Ausnahme der Klebebindung) jeder Arbeitsschritt selbst ausgeführt werden muss, sahen nämlich Konkurrenzunternehmen, welche – wie die Beschwerdegegnerin – über keine eigene Sammelheftanlage verfügen, unter Umständen von einer Angebotseinreichung ab. Diese durften aber darauf vertrauen, dass das Kriterium der Eigenleistung im herkömmlichen Sinn verstanden wird. Entsprechend müssten sie im Rahmen einer neuen Ausschreibung Gelegenheit erhalten, ein Angebot einzureichen, sofern die Vorinstanz das Kriterium weiterhin nicht so eng handhaben wollte (was ihr frei steht, in den Ausschreibungsunterlagen jedoch klar zum Ausdruck kommen müsste).

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Zuschlagsverfügung (so oder anders) aufzuheben ist; die Streitsache wird zur Neuausschreibung an die Vorinstanz zurückgewiesen.



4. (...).

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 13. August 2012 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur Neuausschreibung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.--(inklusive Kosten Zwischenverfügung vom 31. August 2012) werden je zur Hälfte der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin auferlegt. Auf den Kostenanteil der Vorinstanz wird nicht verzichtet. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- wird zurückerstattet.

4./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin haben die Beschwerdeführerin unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 5'000.--(inklusive Aufwand Zwischenverfahren und Barauslagen) ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwältin Caroline Nordin, 9004 St. Gallen)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt Thomas Stadelmann, 9201 Gossau)

am:

Rechtsmittelbelehrung



St.Galler Gerichte

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.