



Fall-Nr.: B 2013/206
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 03.12.2013
Entscheiddatum: 03.12.2013

Urteil Verwaltungsgericht, 03.12.2013

Öffentliches Beschaffungswesen, Begründung einer Zuschlagsverfügung, Art. 41 VöB (sGS 841.11). Die Vergabestelle hat die Zuschlagsverfügung nicht beziehungsweise nur mangelhaft begründet und damit eine Gehörsverletzung begangen; dieser formelle Mangel wurde auch im Beschwerdeverfahren nicht geheilt, weshalb die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Streitsache zum Neuentscheid an die Vergabestelle zurückzuweisen ist (Verwaltungsgericht, B 2013/206).

Urteil vom 3. Dezember 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

Hach Lange GmbH, Zweigniederlassung Rheineck, Rorschacherstrasse 30a, 9424 Rheineck,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. Jörg Schoch, Schoch, Auer & Partner, Marktplatz 4, Postfach, 9004 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde Nesslau, vertreten durch den Gemeinderat, Hauptstrasse 24, Postfach 63, 9650 Nesslau,



St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

und

Rittmeyer AG, Inwilerriedstrasse 57, 6340 Baar,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Renovation Wasserversorgung Stein, Umbau und Erweiterung der Fernwirk- und EMSRL-Einrichtungen

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Politische Gemeinde Nesslau führte zwecks Einholung von Angeboten für den Umbau und die Erweiterung der Fernwirk- und EMSRL-Einrichtungen der Wasserversorgung Stein ein Einladungsverfahren durch. Im Leistungsverzeichnis wurden folgende Zuschlagskriterien (und Maximalpunktzahlen) bekannt gegeben: a. Preis (300 Punkte); b. Qualität und technischer Wert (170 Punkte); c. Service- und Dienstleistungen (90 Punkte); d. Bewertung des Anbieters (30 Punkte); e. Dokumentation des Angebots (10 Punkte).

Innert der Einreichfrist bis zum 26. Juli 2013 gaben vier Anbieter eine Offerte ab. Dabei reichte die Hach Lange GmbH, Zweigniederlassung Rheineck, zusätzlich zum Basisangebot eine Unternehmervariante ein.

Mit Verfügung vom 18. September 2013 erteilte die Politische Gemeinde Nesslau (nachfolgend Vorinstanz) den Zuschlag an die Rittmeyer AG, Baar, zum Preis von Fr. 129'289.40 inklusive MWST. Die Zuschlagsverfügung enthält den Hinweis, es seien Angebote mit bereinigten Nettopreisen von Fr. 128'657.50 bis Fr. 192'790.80 (inklusive Optionen und MWST) berücksichtigt worden, und sie wird zudem damit begründet, die Arbeiten seien an die Rittmeyer AG vergeben worden, da sie das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis eingereicht habe.



St.Galler Gerichte

B./ Mit Eingabe vom 30. September 2013 liess die Hach Lange GmbH (nachfolgend Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben mit den Anträgen, es sei die Zuschlagsverfügung vom 18. September 2013 unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben; der Zuschlag sei an die Beschwerdeführerin zu erteilen, eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid, subeventualiter zur Durchführung eines neuen Beschaffungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Zu dem in der Beschwerde gestellten Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, liessen sich weder die Vorinstanz noch die Rittmeyer AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) vernehmen, weshalb der Präsident dem Gesuch mit Verfügung vom 9. Oktober 2013 stattgab.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 22. Oktober 2013, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin liess sich auch zur Hauptsache nicht vernehmen. Die Beschwerdeführerin nahm am 31. Oktober 2013 zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung.

Auf die Ausführungen von Beschwerdeführerin und Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGÖB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht und erfüllt inhaltlich und formal die gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB; Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

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.

2.1. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz (vorab) eine Rechtsverletzung vor, indem die angefochtene Verfügung nur ungenügend begründet und somit das rechtliche Gehör verletzt worden sei.

2.2. Nach Art. 41 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen. Abs. 3 der gleichen Bestimmung sieht vor, dass in der Zuschlagsverfügung kurz darzulegen ist, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist.

Das Verwaltungsgericht hat die Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung in zahlreichen Urteilen umschrieben und seine Praxis wiederholt publiziert (vgl. GVP 2000 Nr. 24 und 2006 Nr. 59). Eine Begründung ist demnach ungenügend, wenn sie einzig die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Eine solche Begründung ist inhaltsleer, weil sie nur das Ergebnis der Bewertung wiedergibt, sich aber zu den eigentlichen Entscheidungsgründen ausschweigt. Die Anbieter müssen indessen der Verfügung entnehmen können, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert.

2.3. In der angefochtenen Zuschlagsverfügung wurden zwar die Preisspanne sowie der Preis des berücksichtigten Angebots angegeben. Ansonsten beschränkt sich aber die Begründung auf den inhaltsleeren Hinweis, es sei das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis berücksichtigt worden. Nachvollziehbare Angaben über die Bewertung wurden nicht gemacht, womit die Verfügung mangels ausreichender Begründung formell fehlerhaft ist.

2.4. Die Beschwerdeführerin erhielt nach Kenntnisnahme der angefochtenen Verfügung und auf entsprechende Nachfrage hin noch eine Bewertungsmatrix (act. 3 Beschwerdeführerin) ausgehändigt. Ob den Anforderungen von Art. 41 VöB Genüge



getan wird, wenn zusammen mit der nicht oder jedenfalls ungenügend begründeten Zuschlagsverfügung noch die Bewertungsmatrix ausgehändigt wird, kann hier offen bleiben. Die Begründung soll die nicht berücksichtigten Teilnehmer am Vergabeverfahren in die Lage versetzen, die Zuschlagsverfügung sachgerecht anzufechten. Hier war aber eine sachgerechte Anfechtung der Vergabe durch die Beschwerdeführerin selbst nach Erhalt der Bewertungsmatrix ausgeschlossen, weil darin die Angaben zu den von den Teilnehmern angebotenen Produkten nicht stimmten, was insofern bedeutsam ist, als das Angebot der Beschwerdegegnerin einzig bei dem das Produkt beschlagenden Kriterium «Qualität und technischer Wert» (wesentlich) besser als dasjenige der Beschwerdeführerin abschnitt.

2.5. Nach konstanter Praxis des Verwaltungsgerichts kann eine Gehörsverletzung – begangen durch eine fehlende oder nicht ausreichende Begründung der Zuschlagsverfügung – geheilt werden, wenn die Begründung in der Beschwerdevernehmlassung nachgeholt wird und die Beschwerdeführerin Gelegenheit erhält, mittels Replik zur Beschwerdevernehmlassung Stellung zu nehmen (vgl. VerwGE B 2007/133 vom 5. November 2007 E. 2.3., B 2008/133 vom 21. April 2009 E. 2.3, B 2010/90 vom 30. November 2010 E. 2.3).

Die Vorinstanz reichte mit der Beschwerdevernehmlassung vom 22. Oktober 2013 eine korrigierte Bewertungsmatrix ein. In der Beschwerdevernehmlassung führte sie – neben dem Hinweis auf das Schreibversehen in der an die Beschwerdeführerin ausgehändigten Bewertungsmatrix – einzig an, die Grundlagen der Bewertung würden sich aus den eingereichten Unterlagen ergeben und die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin sei detailliert geprüft worden; diese komme jedoch aus technischen Gründen nicht in Frage. Ob sie mit dem Hinweis auf die Unterlagen nur die korrigierte Bewertungsmatrix oder die (nach Aufforderung zur Vernehmlassung zum Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung) eingereichten Vergabeakten meint, ist unklar. Ohnehin liegt es aber weder an der Beschwerdeführerin noch am Verwaltungsgericht, in nicht näher bezeichneten Akten nach möglichen Begründungen für das Vergabeergebnis zu suchen. Hinzu kommt, dass sich den Akten jedenfalls nicht entnehmen lässt, welche Gründe für die Nichtberücksichtigung des Basisangebots der Beschwerdeführerin – beziehungsweise für dessen markante Schlechterbewertung im Vergleich zum Angebot der Beschwerdegegnerin beim Kriterium «Qualität und



technischer Wert» - ausschlaggebend waren, zumal im Vergabeantrag der BGG Engineering AG vom 8. August 2013 (act. 17 der Vorinstanz) alle Angebote als technisch einwandfrei qualifiziert wurden. Sie ergeben sich auch nicht aus der korrigierten Bewertungsmatrix, denn sie gibt lediglich über die punktemässige Bewertung der einzelnen Angebote bei den Haupt- und Unterkriterien Auskunft. Dementsprechend wurde der Mangel der nicht ausreichenden Begründung im Beschwerdeverfahren nicht geheilt, und die angefochtene Verfügung ist aus formellen Gründen auszuheben. Enthält eine Zuschlagsverfügung eine mangelhafte Begründung und beschreibt eine nicht berücksichtigte Teilnehmerin den Rechtswittelweg, so kann von der Vergabeinstanz durchaus erwartet werden, dass sie sich in der Beschwerdevernehmlassung zumindest mit den Angeboten der Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin auseinandersetzt und sich dabei zu den wesentlichen Merkmalen äussert; unterlässt sie dies, tritt auch keine Heilung der Gehörsverletzung ein.

2.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung (infolge fehlender Begründung) an einem formellen Mangel leidet, der auch im Beschwerdeverfahren nicht geheilt worden ist. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Streitsache zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird sich die Vorinstanz auch dahingehend (beziehungsweise zum Widerspruch) äussern müssen, dass gemäss Vernehmlassung vom 22. Oktober 2013 die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin aus technischen Gründen nicht in Frage kommen soll, jedoch im Gemeinderatsbeschluss vom 3. September 2013 (act. 18 der Vorinstanz) erwähnt wird, dass mit dem System der Beschwerdegegnerin auch die Einbindung der Wasserversorgung Stein in die Wasserversorgung Nesslau-Neu St. Johann möglich sei, sollte sich dies zu einem späteren Zeitpunkt als sinnvoll erweisen.

3. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidungsgebühr von Fr. 2'500.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12), wobei die Kosten der Zwischenverfügung vom 9. Oktober 2013 darin enthalten sind. Auf die Erhebung der amtlichen Kosten wird



St.Galler Gerichte

nicht verzichtet (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat sodann Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 6 und 19 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Eine Entschädigung von Fr. 2'500.-- für das Haupt- und Zwischenverfahren erweist sich als angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b und c HonO). Die Beschwerdeführerin ist mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer in Abzug bringen kann. Dementsprechend muss die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung nicht zusätzlich berücksichtigt werden (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 194).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 18. September 2013 aufgehoben. Die Streitsache wird zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'500.--(inklusive Kosten der Zwischenverfügung vom 9. Oktober 2013) werden der Vorinstanz auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin mit total Fr. 2'500.-- (inklusive Barauslagen und Entschädigung für das Zwischenverfahren) ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:



lic. iur. Beda Eugster Dr. Henk Fenners

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt Dr. Jörg Schoch, 9004 St. Gallen)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin

am:

Rechtsmittelbelehrung

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.