



Fall-Nr.: B 2013/46
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.05.2013
Entscheiddatum: 22.05.2013

Urteil Verwaltungsgericht, 22.05.2013

Öffentliches Beschaffungswesen. Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung und Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin, da die Vorinstanz zum einen das Transparenzgebot verletzt hat, indem sie ein anderes Unterkriterium zur Bewertung gebracht, als in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben wurde, und zum anderen das Angebot der Beschwerdeführerin (zumindest) beim Kriterium "Referenzen" zu tief bewertet hat (Verwaltungsgericht, B 2013/46).

Urteil vom 22. Mai 2013

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

In Sachen

Kifa AG, Kappelstrasse 6, 8355 Aadorf,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Simon Krauter, Zürcherstrasse 310,
8500 Frauenfeld,

gegen

Politische Gemeinde Rapperswil-Jona,



St.Galler Gerichte

vertreten durch den Stadtrat, St. Gallerstrasse 40, 8645 Jona,

Vorinstanz,

und

Büsser Hausbau AG, Engelhölzlistrasse 15, 8645 Jona,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

BWZ Rapperswil; Erstellen Pavillon für Schulraumerweiterung; Vergabe Total-
Unternehmerauftrag

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Stadt Rapperswil-Jona schrieb im Dezember 2012 einen
Totalunternehmerauftrag für das Erstellen eines Pavillons für das Berufs- und
Weiterbildungszentrum im offenen Verfahren aus. Mit dem Pavillon soll vorübergehend
der Bedarf an zusätzlichem Schulraum gedeckt werden.

Innert der Angebotsfrist bis 25. Januar 2013 reichten sechs Firmen ein Angebot ein.
Den Zuschlag erhielt die Büsser Hausbau AG, Jona, zu einem Preis von Fr.
2'186'568.-- inklusive MWST. Die Zuschlagsverfügung datiert vom 18. Februar 2013
und wurde am 26. Februar 2013 versandt.

B./ Dagegen erhob die Kifa AG, Aadorf (nachfolgend: Beschwerdeführerin), mit Eingabe
vom 8. März 2013 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit folgenden Anträgen:

"1. Der Beschluss der Beschwerdegegnerin vom 18./22. Februar 2013 betreffend die
Erteilung des Zuschlags für einen Totalunternehmervertrag für das Erstellen eines
Pavillons für die Schulraumerweiterung beim Berufs- und Weiterbildungszentrum BWZ
Rapperswil an die Verfahrensbeteiligte sei aufzuheben.



St.Galler Gerichte

2. Es sei der Beschwerdeführerin der Zuschlag für den Totalunternehmervertrag für das Erstellen eines Pavillons für die Schulraumerweiterung beim Berufs- und Weiterbildungszentrum BWZ in Rapperswil zu erteilen.
3. Eventualiter sei die Streitsache zur erneuten Durchführung des Ausschreibungsverfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
4. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona (nachfolgend: Vorinstanz) liess sich mit Eingabe vom 15. März 2013 zum Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vernehmen. Sie beantragte dessen Abweisung. Die Büsser Hausbau AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) liess sich im Zwischenverfahren nicht vernehmen.

Der Präsident des Verwaltungsgerichts erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 19. März 2013 die aufschiebende Wirkung, untersagte der Vorinstanz einstweilen den Vertragsschluss und lud sie sowie die Beschwerdegegnerin ein, innert einer Frist bis 2. April 2013 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen.

Die Vorinstanz erstattete am 2. April 2013 die Beschwerdevernehmlassung. Dabei stellte sie den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne; eventualiter sei der Zuschlag direkt durch das Gericht vorzunehmen. Überdies ersuchte sie um Entzug der mit Verfügung vom 19. März 2013 gewährten aufschiebenden Wirkung. Die Beschwerdegegnerin liess sich auch zur Hauptsache nicht vernehmen.

Am 3. April 2013 wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 2. April 2013 zugestellt. Gleichzeitig wurde ihm eine Frist bis zum 10. April 2013 eingeräumt, um zur Vernehmlassung der Vorinstanz sowie zum Begehren um Entzug der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin liess sich mit Eingabe vom 9. April 2013 (ergänzend) vernehmen.



St.Galler Gerichte

In der Folge lehnte der Präsident des Verwaltungsgerichts mit Verfügung vom 11. April 2013 das Gesuch der Vorinstanz, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen, ab.

Die von der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz 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 inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (vgl. dazu GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

2.1. Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerde hauptsächlich vor, es seien andere (Unter-)Kriterien zur Bewertung gelangt, als in den Ausschreibungsunterlagen bestimmt worden seien. Im Weiteren moniert sie, ihr Angebot sei bei den Kriterien «Einhaltung der Vorgabe», «Wiederverwendbarkeit» und «Referenzen» zu tief bewertet worden.



2.2. Die Vorinstanz legte für den streitgegenständlichen Auftrag in den Ausschreibungsunterlagen folgende Zuschlagskriterien fest: 1. «überzeugendes Gesamtangebot» mit einer Gewichtung von 35%, wobei die Kriterien «bewährte Konstruktion», «Effizienz» und «Nachhaltigkeit/Ökologie» bewertet werden sollten; 2. «Preis» mit einer Gewichtung von 35%; 3. «eingereichtes Terminprogramm» mit einer Gewichtung von 10%, wobei die Kriterien «Bezugstermin» und «Bauzeit» bewertet werden sollten; 4. «Wiederverwendbarkeit» mit einer Gewichtung von 10%; 5. «Referenzen» mit einer Gewichtung von 10%.

Die Bewertung ging so vor sich, dass für jedes Leistungskriterium maximal 6 Punkte verteilt und die erhaltenen Punkte dann gewichtet wurden. Dabei fällt in Betracht, dass das «überzeugende Gesamtangebot» anhand der (Unter-)Kriterien «Einhaltung der Vorgabe», «Effizienz» und «Ökologie/graue Energie» mit einer Gewichtung von 20%, 10% und 5% bestimmt wurde. Das Angebot der Beschwerdeführerin erhielt total 5.33 Punkte, dasjenige der Beschwerdegegnerin wurde mit total 5.39 Punkten bewertet.

2.3. Im Vergaberecht gilt - spiegelbildlich zum Grundsatz der Konformität und der Stabilität der Angebote - der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung. Danach hat die öffentliche Auftraggeberin die gewünschte Leistung in der Ausschreibung definitiv und verbindlich zu umschreiben und darf davon grundsätzlich nicht mehr abweichen. Gleiches gilt für die Eignungs- und Zuschlagskriterien. Dementsprechend dürfen einmal publizierte Kriterien nicht ausser Acht gelassen oder verändert und neue Kriterien nicht mehr hinzugefügt werden. Dies führt zu klaren und verlässlichen Spielregeln. Die Zulassung der Abänderung von Parametern der Ausschreibung während laufendem Vergabeverfahren bürge das Risiko von Intransparenz und Diskriminierungen von Anbietern in sich (zum Ganzen: M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Nr. 298 ff.).

Vorliegend gab die Vorinstanz in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, dass das an erster Stelle genannte Zuschlagskriterium «überzeugendes Gesamtangebot» anhand der Unterkriterien «bewährte Konstruktion», «Effizienz» sowie «Nachhaltigkeit und Ökologie» beurteilt werden soll. Die eigentliche Bewertung erfolgte dann aber anhand der Unterkriterien «Einhaltung der Vorgabe», «Effizienz» und «Ökologie/graue Energie». Das Zuschlagskriterium wurde somit insofern geändert, als die Qualität der jeweiligen



Konstruktionen unberücksichtigt blieb und stattdessen bewertet wurde, inwiefern und ob die in den Ausschreibungsunterlagen gemachten Vorgaben eingehalten wurden. Entgegen ihrer Meinung nahm die Vorinstanz damit nicht nur eine begriffliche Vereinfachung vor, sondern sie zog zur Angebotsbewertung ein anderes, bisher nicht publiziertes Unterkriterium heran, ohne den Offerenten vor Angebotseinreichung noch Gelegenheit zu bieten, ihr Angebot im Hinblick auf das geänderte Unterkriterium einzureichen (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. September 2000, in: VPB 65/2001 Nr. 11 E. 2b). Ein solches Vorgehen verstösst gegen das Transparenzgebot und erweist sich somit als vergaberechtswidrig. Wenn die Vorinstanz einwendet, es handle sich nur um eine unwesentliche Leistungsänderung, so übersieht sie, dass sie gar keine Leistungsänderung vornahm. Sie änderte vielmehr ein Leistungskriterium.

Der Vergabefehler hat die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung zur Folge. Ob er eine Besserbewertung der Beschwerdeführerin nach sich zieht, kann hier offen bleiben, weil sich dies – wie nachfolgende Erwägung zeigen wird (E. 2.4.) – als nicht entscheidwesentlich erweist. Angemerkt sei immerhin, dass jedenfalls nicht von einer Schlechterbewertung der Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin auszugehen ist: Einerseits ist fraglich, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich die Vorgaben nicht eingehalten hat; andererseits ergibt sich aus den Akten, dass auch beim Angebot der Beschwerdegegnerin Anpassungen vorgenommen werden mussten, womit die Maximalbewertung beim Unterkriterium «Einhaltung der Vorgabe» beziehungsweise die Besserbewertung im Vergleich zur Beschwerdeführerin nicht gerechtfertigt erscheint. Unwidersprochen blieb zudem die Behauptung der Beschwerdeführerin, aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung sei ihr Angebot beim Unterkriterium «bewährte Konstruktion» mit der Note 6 zu bewerten.

2.4. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ihr Angebot bei den Leistungskriterien «Wiederverwendbarkeit» und «Referenzen» nicht mit der Maximalnote 6 bewertet worden sei. Ihre Module könnten gegenüber denjenigen der Beschwerdegegnerin mit weniger Aufwand an Kosten sowie Zeit demontiert und an einem anderen Ort wieder aufgebaut werden. Ausserdem verfüge sie über einschlägige Erfahrung im Zusammenhang mit der Erstellung von provisorischen Schulräumen, was die eingereichten Referenzen dokumentierten. Die



Beschwerdegegnerin widersprach den entsprechenden Ausführungen mangels Einreichung einer Vernehmlassung nicht. Sie reklamierte für sich denn auch keine Höherbewertung(en). Die Vorinstanz merkte lediglich an, die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin seien bei den entsprechenden Leistungskriterien identisch bewertet worden. Weder bestritt sie die Richtigkeit der Ausführungen der Beschwerdeführerin, noch wurden (in der Vergabeverfügung oder in den Vernehmlassungen) die Punkteabzüge bei den Kriterien «Wiederverwendbarkeit» und «Referenzen» begründet. Aufgrund dessen ist von der Richtigkeit der gemachten Ausführungen auszugehen. Die Akten (vgl. Angebot Beschwerdeführerin, Register 7 und 8) bestätigen denn auch die grosse Erfahrung der Beschwerdeführerin bei der Erstellung von Schulpavillons. Demgemäss rechtfertigt es sich, das Angebot der Beschwerdeführerin zumindest beim Kriterium «Referenzen» mit der Maximalpunktzahl 6 zu bewerten, was unter Berücksichtigung der Gewichtung 0.6 Punkten entspricht. Die entsprechende Höherbewertung wirkt sich sodann auf das Ergebnis aus, erreicht doch (allein schon) dadurch das Angebot der Beschwerdeführerin total 5.43 Punkte und damit die höchste Punktzahl. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob das Angebot der Beschwerdeführerin beim Kriterium der «Wiederverwendbarkeit» auch noch besser zu bewerten ist. Gleiches gilt mit Bezug auf das Unterkriterium «Ökologie/ graue Energie».

2.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Transparenzgebot verletzt hat, indem sie ein anderes Unterkriterium zur Bewertung gebracht hat, als in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben wurde. Allein schon dies führt zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung. Zudem blieb unbestritten und ergibt sich aufgrund der Akten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin beim Kriterium «Referenzen» besser - genauer gesagt mit der Maximalnote 6 - zu bewerten ist.

3. Gemäss Art. 18 Abs. 1 IVöB kann die Beschwerdeinstanz bei einer Aufhebung der Zuschlagsverfügung in der Sache selbst entscheiden oder diese an die Vergabeinstanz mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen. Das Verwaltungsgericht entscheidet in der Regel nicht selbst, sondern weist die Angelegenheit an die Vergabeinstanz zurück. Dies liegt darin begründet, dass die Vergabeinstanz bei der Bewertung der Angebote regelmässig über einen Ermessensspielraum verfügt.



St.Galler Gerichte

Vorliegend wurde die Zuschlagsverfügung einzig von der Beschwerdeführerin angefochten. Die übrigen Anbieterinnen haben sich mit dem Zuschlag abgefunden, weshalb sie für die Auftragsvergabe ausser Betracht fallen. Die in der Zuschlagsverfügung berücksichtigte Beschwerdegegnerin hat sodann darauf verzichtet, ihren Standpunkt im vorliegenden Verfahren einzubringen. Es rechtfertigt sich daher, den Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen, nachdem deren Angebot (wie gesagt) zumindest beim Kriterium «Referenzen» mit der Höchstnote zu bewerten ist und es dadurch mit 5.43 Punkten die höchste Punktzahl erreicht. Dies muss umso mehr gelten, als die Vorinstanz ausdrücklich auf eine Rückweisung verzichtet hat und für den Fall einer Gutheissung der Beschwerde die Zuschlagserteilung durch das Verwaltungsgericht beantragt.

4. (...).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung vom 18. Februar 2013 aufgehoben.
- 2./ Der Zuschlag wird an die Beschwerdeführerin erteilt und die Angelegenheit zum Vertragsschluss an die Vorinstanz zurückgewiesen.
- 3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 7'000.--(inklusive Kosten der Zwischenverfügungen vom 19. März und vom 11. April 2013) werden der Vorinstanz auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 7'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
- 4./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin mit total Fr. 5'000.-- (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 lic. iur. Simon Krauter, 8500 Frauenfeld)
- 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.