



Fall-Nr.: B 2014/69
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.02.2020
Entscheiddatum: 08.05.2014

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 08.05.2014

Art. 17 Abs. 2 IVöB.In der Ausschreibung wurde weder ein Ausführungs- noch ein Liefertermin festgesetzt. Mit dem zu fünf Prozent gewichteten Kriterium "Bauprogramm" wurden die Unterkriterien "Darstellung", "Geschwindigkeit der Fertigstellung" und "Personenzahl", nicht aber ein einzuhaltender Endtermin bewertet. Das öffentliche Interesse an einer raschen Realisation des Vorhabens wiegt deshalb nicht besonders schwer.**Art. 11 lit. a und Art. 13 lit. a IVöB.**Sofern die Vergabebehörde während des Vergabeverfahrens bestimmte Spezifikationen oder Bedingungen betreffend den Beschaffungsgegenstand ändern will, erfordert das Gleichbehandlungsprinzip jedenfalls, diese Änderungen allen Personen mitzuteilen, welche die Ausschreibungsunterlagen verlangt haben. Die nachträgliche Beschränkung der Ausschreibung auf ein bestimmtes Produkt, das weder von der Beschwerdeführerin noch von der Beschwerdegegnerin offeriert worden war, führte zu keiner Ungleichbehandlung.**Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB.**Die Bestimmungen umschreiben die Anforderungen an die Öffnung der Angebote. Die Anbieter haben keinen Anspruch auf eine Teilnahme an der Öffnung.**Art. 41 VöB.**Indem die Vergabebehörde der Verfügung die Bewertungsmatrix, welcher die Angebote und deren Bewertungen nach sämtlichen Kriterien und Unterkriterien entnommen werden konnte, beigelegt hat, ist sie ihrer Begründungspflicht offenkundig nachgekommen (Verwaltungsgericht, Präsidentialverfügung, B 2014/69).

Verfügung vom 8. Mai 2014

In Sachen

A. Müller AG Bauunternehmung St. Gallen, Lukasstrasse 19, 9009 St. Gallen,

Beschwerdeführerin/Gesuchstellerin,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Philip Schneider LL.M., Poststrasse 23, Postfach 1936, 9001 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde Thal, vertreten durch den Gemeinderat, 9425 Thal,

Vorinstanz/Gesuchsgegnerin,

und

Implenia Schweiz AG, Bahnhofstrasse 50, 9471 Buchs SG 1,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen: Kunstrasen (Bützelpark - Freizeit & Sport)

stellt der Verwaltungsgerichtspräsident fest:

Die A. Müller AG Bauunternehmung St. Gallen (nachfolgend Gesuchstellerin) hat den vom Gemeinderat der politischen Gemeinde Thal (nachfolgend Gesuchsgegnerin) am 11. April 2014 verfügten, gleichentags versandten und am 16. April 2014 entgegen genommenen Zuschlag für den Kunstrasen in der Freizeit- und Sportanlage "Bützelpark" an die Implenia Schweiz AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) mit Beschwerde vom 25. April 2014 beim Verwaltungsgericht fristgerecht angefochten und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt.

Die Gesuchsgegnerin hat innert der mit verfahrensleitender Verfügung vom 28. April 2014 angesetzten Frist bis 2. Mai 2014, 12.00 Uhr, beim Verwaltungsgericht Vergabeakten eingereicht und mit Vernehmlassung vom 2. Mai 2014 beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen. Die Beschwerdegegnerin hat stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet.

Der Verwaltungsgerichtspräsident erwägt:



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.

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 (vgl. dazu nachfolgend E. 2.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (vgl. dazu nachfolgend E. 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).

2.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie habe einen erheblichen Aufwand und entsprechende Mittel in die Ausarbeitung der Offerte gesteckt. Um das Personal und die Gerätschaften auslasten und bezahlen zu können, sei ein Auftrag in der vorliegenden Höhe von erheblichem Interesse. Sie sei auf die Erstellung von Kunstrasen spezialisiert und wolle ihren guten Ruf in diesem Gebiet bestätigen und verstärken. Weil die Haftung des Auftraggebers im Beschaffungswesen den entgangenen Gewinn nicht umfasse, bestehe umso mehr ein Interesse des übergangenen Unternehmers, den Zuschlag zu erhalten. Das öffentliche Interesse, dem Submissionsrecht beziehungsweise dem ordnungsgemässen Verfahren im öffentlichen Vergabewesen zum Durchbruch zu verhelfen und den Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen, sei wesentlich. Mit der Erstellung des Kunstrasenplatzes, der in Regel die Fussballsaison in den Wintermonaten verlängern solle, könne ohne besonderen Schaden noch zugewartet werden.

Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, werde die aufschiebende Wirkung erteilt, bestehe die Gefahr, dass die Arbeiten nicht mehr im Juni 2014 aufgenommen und Ende November 2014 abgeschlossen werden könnten, sondern auf das Frühjahr 2015 verschoben werden müssten, da die Arbeiten rund um die Verlegung



stark witterungsabhängig seien. Ein solches Szenarium sei vor allem für die auf den Kunstrasen angewiesenen Vereine nicht vorstellbar.

Die Gesuchsgegnerin macht nicht geltend, dass der Sportplatz, der mit Kunstrasen belegt werden soll, bis zum Beginn der Bauarbeiten nicht genutzt werden kann. Deshalb hängt die insbesondere für die interessierten Vereine vorab bedeutsame Dauer der Nutzungsunterbrechung nicht in erster Linie davon ab, ob mit dem Bau möglichst rasch begonnen wird. Von Bedeutung ist vielmehr, dass in einem Zeitpunkt begonnen wird, ab welchem die saisonalen meteorologischen Bedingungen in der Regel für einen zügigen Einbau günstig sind. Insoweit relativiert sich das öffentliche Interesse an einem umgehenden Baubeginn. Im Übrigen war in der Ausschreibung selbst kein Ausführungs- oder Liefertermin aufgeführt. Mit dem zu fünf Prozent gewichteten Kriterium "Bauprogramm" wurden die Unterkriterien "Darstellung", "Geschwindigkeit der Fertigstellung" und "Personalzahl", nicht aber ein einzuhaltender Endtermin bewertet (act. 6/37). Die der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen, soweit solche von der Gesuchsgegnerin konkret geltend gemacht werden, wiegen dementsprechend nicht besonders schwer.

2.2. Mit der Beschwerde können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, nicht aber die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Die Gesuchstellerin rügt die Verletzung sowohl formeller (vgl. dazu nachfolgend E. 2.2.1, 2.2.2 und 2.2.3) als auch materieller (vgl. dazu nachfolgend E. 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 und 2.2.7) Rechtsgrundsätze des öffentlichen Beschaffungswesens.

2.2.1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beanstandet die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin habe nach der Öffnung und Prüfung der Angebote am 10. März 2014 allen Anbietern am 1. April 2014 mitgeteilt, sie habe sich für das Produkt "Sportisca S9 Revolution" mit der Elastikschicht "T-Layer", unverfüllt, entschieden. Damit seien die Bedingungen der Ausschreibung nachträglich verändert und "neue Spielregeln" aufgesetzt worden. Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, die Möglichkeit, den Nachtragspreis zu offerieren, sei allen Anbietern eingeräumt worden.



Gemäss Art. 11 IVöB sind im Verfahren der Vergabe von Aufträgen insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter (lit. a) und des wirksamen Wettbewerbs (lit. b) einzuhalten. Die kantonalen Ausführungsbestimmungen zum Verfahren haben sodann gemäss Art. 13 IVöB unter anderem die notwendigen Veröffentlichungen zu gewährleisten (lit. a). Sofern die Vergabebehörde während des Vergabeverfahrens bestimmte Spezifikationen oder Bedingungen betreffend den Beschaffungsgegenstand ändern will, erfordert das Gleichbehandlungsprinzip jedenfalls, diese Änderungen allen Personen mitzuteilen, welche die Ausschreibungsunterlagen verlangt haben (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 804). Änderungen der Ausschreibungsanforderungen nach Ablauf des Offertöffnungstermins können nur noch auf dem Wege der Verhandlungen der Vergabestelle mit den Anbietenden (unter Beachtung der dafür geltenden Vorschriften) geführt werden (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 807 zum Vergaberecht des Bundes).

Sowohl die Gesuchstellerin als auch die Beschwerdegegnerin haben als Kunstrasen unter anderem das Produkt "Sportisca S9 Revolution" offeriert (act. 6/04 S. 2 Grundangebot der Gesuchstellerin, S. 3 Variante 1 der Beschwerdegegnerin). Für die Elastikschicht bot die Gesuchstellerin das Produkt "SBR / Genan GmbH" (act. 6/39 S. 45), die Beschwerdegegnerin die Produkte "Airlastic EL-G Genan" (act. 6/25 S. 108) und in einer Variante "Casotan" (act. 6/26 S. 103) an. Die – aufgrund eines Hinweises der Herstellerin des Produktes "Sportisca" – nachträglich vorgenommene Beschränkung der Ausschreibung auf das Produkt "Sportisca S9 Revolution T-Layer", das weder von der Gesuchstellerin noch von der Beschwerdegegnerin offeriert worden war, führte im Verfahren weder zu einer Bevorteilung der Beschwerdegegnerin noch zu einer Benachteiligung der Gesuchstellerin. Die Gesuchsgegnerin hat im Übrigen schliesslich die neue Variante doch nicht beachtet (act. 5, S. 3, Ziff. III).

2.2.2. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beanstandet die Gesuchsgegnerin sodann, sie habe an der Öffnung der Angebote nicht teilnehmen können. Gemäss Art. 30 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) lässt der Auftraggeber die Angebote durch wenigstens zwei Beauftragte öffnen (Abs. 2) und erstellt ein Protokoll, welches wenigstens Name und Unterschrift der anwesenden Personen, die Bezeichnung der Anbieter sowie die Einreichungs- und Eingangsdaten



und die Nettopreise der Angebote enthält (Abs. 3). Soweit sich aus dem Protokoll der Öffnung der Angebote ergibt, hat die Gesuchsgegnerin diese verfahrensrechtlichen Anforderungen erfüllt (act. 6/03).

2.2.3. Die Gesuchstellerin macht in verfahrensrechtlicher Hinsicht schliesslich geltend, die Begründung der Verfügung ("beste Erfüllung der Zuschlagskriterien") vermöge nicht zu befriedigen, auch wenn das Bewertungsblatt beigefügt worden sei.

Nach Art. 41 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen (Abs. 1); in der Zuschlagsverfügung ist kurz darzulegen, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, wobei die Begründung insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote enthält (Abs. 2 Sätze 1 und 2). Eine Begründung ist 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 (vgl. VerwGE B 2013/206 vom 3. Dezember 2013 E. 2.2 mit Hinweisen, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

Indem die Gesuchsgegnerin der Verfügung die Bewertungsmatrix, welcher die Angebote und deren Bewertungen nach sämtlichen Kriterien und Unterkriterien entnommen werden konnte, beigelegt hat, ist sie ihrer Begründungspflicht offenkundig nachgekommen.

2.2.4. In materieller Hinsicht beanstandet die Gesuchstellerin, die konkrete Handhabung des Kriteriums "Preis" trage seiner Gewichtung mit 50 Prozent nicht Rechnung. Der nach den Ausschreibungsunterlagen mit 50 Prozent gewichtete Preis sei im Maximum lediglich mit 0,5 von drei Punkten bewertet worden, was einer Gewichtung von bloss einem Sechstel entspreche. Diese Rüge erweist sich als offensichtlich begründet, zumal für den tiefsten Preis lediglich ein halber Punkt von insgesamt drei gewichteten Punkten vergeben wurde. Richtigerweise müsste das



billigste Angebot mit 2,5 gewichteten Punkten bewertet werden, damit das Kriterium "Preis" tatsächlich das gleiche Gewicht wie alle übrigen Zuschlagskriterien erhält.

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, selbst wenn die Gewichtung des Preises mit einer möglichen Punktzahl von 1 nicht korrekt wäre, würde sich an der Rangierung der Angebote nichts ändern. Die Gesuchstellerin hat das Verhältnis der für den Preis vergebenen Punkte nicht beanstandet. Bei einer fünffachen Gewichtung ergeben sich für das Angebot der Beschwerdegegnerin 2,4935 Punkte (5 x 0,4987 Punkte). Soweit sich an der Bewertung der Angebote nach den übrigen Kriterien nichts ändert, bliebe es deshalb beim Zuschlag für die Beschwerdegegnerin. Dies ist jedoch nicht die Folge einer zu geringen Gewichtung des Preises oder einer zu flachen Preiskurve, sondern der äusserst geringfügigen Differenz der offerierten Preise.

2.2.5. Die Gesuchstellerin bringt vor, es sei nicht ersichtlich, weshalb sie beim Personaleinsatz für die Lehrlingsausbildung lediglich die Note drei, die Beschwerdegegnerin aber die Höchstnote fünf erhalten habe.

Die Gesuchsgegnerin hat die Handhabung des Zuschlagskriteriums "Personaleinsatz" in den Ausschreibungsunterlagen offen gelegt (act. 6/37). Für das Unterkriterium "Lehrlingsausbildung" wurde auf den Anteil an der Gesamtbelegschaft abgestellt, wobei für einen Anteil von weniger als drei Prozent ein Punkt, für einen Anteil von drei bis 9,99 Prozent drei Punkte und für einen Anteil von zehn oder mehr Prozenten fünf Punkte vergeben wurden. Die Ausschreibung wurde unangefochten rechtskräftig.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. I VöB darf für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots unter anderem auch die Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, insbesondere durch Lehrlingsausbildung, berücksichtigt werden. Die Gesuchsgegnerin hat dieses – zulässige – Kriterium mit sozialpolitischer Bedeutung mit fünf Prozent in einem zulässigen Rahmen gewichtet (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 929 ff.) und bei der konkreten Handhabung zu Recht nicht auf die absolute Zahl der Lehrlinge, sondern auf das Verhältnis zur Gesamtzahl der vom Anbieter beschäftigten Personen abgestellt (vgl. VerwGE B 2012/27 vom 3. Juli 2012 E. 3.2, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Mit Blick auf die Qualität der Ausbildung hat das Verwaltungsgericht aber auch eine Skala, welche einem Verhältnis zwischen der Zahl



der Lernenden und der Zahl der Fachkräfte von zehn bis vierzig Prozent die maximale Punktzahl und davon abweichenden Verhältnissen tiefere Punktzahlen zuordnete, als sachgerecht beurteilt (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 3.3.2, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

Die Gesuchstellerin hat in ihren Bewerbungsunterlagen die Gesamtbelegschaft mit 75, davon sieben Lehrlinge, beziffert (act. 6/34 S. 11), was einem Anteil von weniger als zehn Prozent entspricht. Die Bewertung mit drei Punkten entspricht damit den Ausschreibungsunterlagen. Die Beschwerdegegnerin bildet bei einer Gesamtzahl von 50 Angestellten sechs Lehrlinge aus (act. 6/16), was einem Anteil von 12 Prozent entspricht. Die Subunternehmerin bildet bei sechs Angestellten keine Lehrlinge aus (act. 6/20). Damit sinkt der Anteil auf 10,7 Prozent, was indessen an der Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin mit fünf Punkten nichts ändert.

2.2.6. Die Gesuchstellerin begründet die Beschwerde zudem damit, die Beschwerdegegnerin habe – im Gegensatz zu ihr – soweit bekannt noch nie einen Kunstrasenplatz verlegt und bei den Referenzobjekten trotzdem die Maximalnote erzielt. Ein allfälliger Subunternehmer wäre mit seinen Referenzobjekten offen zu legen.

Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, die Gesuchstellerin selbst habe zusammen mit der Beschwerdegegnerin in den Jahren 2007/2008 in Altstätten auf der Sportanlage "Grüntal" einen Kunstrasenplatz erstellt. Die Beschwerdegegnerin habe ausserdem mit anderen Fachunternehmen weitere Kunstrasenplätze und Sportanlagen realisiert. Sie arbeite mit der Subunternehmerin Greenfields Swiss AG, auf welche vom Auftragsvolumen von rund 2,1 Millionen Franken 600'000 Franken entfalle, zusammen. Da sowohl die Gesuchstellerin als auch die Beschwerdegegnerin in den letzten drei Jahren zwei Kunstrasenplätze mit einem Volumen von mindestens CHF 400'000 erstellt hatten, seien beide Angebote bezüglich des Kriteriums "adäquate Referenzen" mit der Maximalpunktzahl von fünf bewertet worden.

Zum Kriterium "Qualität" hat die Gesuchsgegnerin unter anderem das Unterkriterium "adäquate Referenzobjekte" festgelegt. Die maximale Punktzahl von fünf Punkten wurde vergeben, wenn in den letzten zwei Jahren drei Kunstrasenplätze mit einer Auftragssumme von je mindestens CHF 400'000 erstellt wurden (act. 6/06). In den



St.Galler Gerichte

Ausschreibungsunterlagen wurde – unter dem Titel "Technische Leistungsfähigkeit" – nach "mindestens 2 adäquaten Referenzobjekten Unterbau Kunstrassen oder Asphaltbelagsbau der letzten 3 Jahre für allgemeine technische Leistungsfähigkeit und 3 Referenzobjekten mit Kunstrassen der letzten 2 Jahre (Nachweis adäquate Referenzprojekte)" gefragt. Anhand des Dossiers der Beschwerdegegnerin und ihrer Subunternehmerin ist die Bewertung ihres Angebots ohne Weiteres nachvollziehbar (act. 6/18 und 20).

2.2.7. Im Übrigen zeigt die von der Gesuchsgegnerin im vorliegenden Verfahren eingereichte zusätzliche Bewertungsmatrix, dass auch die korrekte Gewichtung des Preises, eine – jedenfalls aufgrund einer summarischen Würdigung der vorliegenden Akten nicht angezeigte – gleiche Bewertung der Angebote der Beschwerdegegnerin und der Gesuchstellerin bei den Unterkriterien "QS System" und "Lehrlingsausbildung" und die bei der Handhabung des Kriteriums "Baueingabe" nicht vorgesehene Bewertung des Angebots der Gesuchstellerin mit vier – statt drei – Punkten an der Rangierung des Angebots der Beschwerdegegnerin vor jenem der Gesuchstellerin nichts ändern würde (act. 6/50).

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde trotz der nicht besonders schwergewichtigen öffentlichen und privaten Interessen am sofortigen Vertragsabschluss und der unmittelbaren Arbeitsaufnahme nicht als hinreichend begründet. Das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist deshalb abzuweisen.

4. Die Vorinstanz, soweit sie dies nicht bereits getan hat, und die Beschwerdegegnerin sind einzuladen, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 28. Mai 2014 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen würde. Die Vorinstanz wird sodann aufgefordert, innert der gleichen Frist **die vollständigen Vergabeakten**, insbesondere auch die Angebote der übrigen nicht berücksichtigten Bewerber **einzureichen**.

5. Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

verfügt:



- 1./ Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, **bis 28. Mai 2014** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.
- 3./ Die Kosten dieser Verfügung bleiben bei der Hauptsache.
- 4./ Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

VERWALTUNGSGERICHT

des Kantons St. Gallen

Der Präsident:

lic. iur. Beda Eugster