



Fall-Nr.:	B 2015/101
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	11.02.2020
Entscheiddatum:	18.06.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 18.06.2015

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 1 IVöB.Ob auf die Beschwerde - die Beschwerdeführerin beanstandet, ohne angesichts ihres eigenen unvollständigen Angebots Chancen auf den Zuschlag zu haben, der Auftrag hätte einem einheimischen Bewerber erteilt werden müssen – eingetreten werden könnte, kann offen bleiben. Die Ziele, welche mit dem öffentlichen Beschaffungsrecht verfolgt werden, schliessen eine Bevorzugung ortsansässiger gegenüber ortsfremden Anbietern grundsätzlich aus. Auch volkswirtschaftliche oder fiskalische Gründe (beispielsweise Steuerdomizil, örtliche Arbeitsplätze, angemessene Verteilung der Aufträge) sind sachfremde Kriterien, die vom Submissionsrecht nicht berücksichtigt werden dürfen. Das Preiskriterium ist mit 85 Prozent jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht rechtsfehlerhaft gewichtet. Die degressiv verlaufende Preiskurve hat sich zugunsten des Angebots der Beschwerdeführerin ausgewirkt. Selbst wenn die Referenzen des Unternehmens auch dem Chefmonteur zugerechnet würden, könnte das Angebot der Beschwerdeführerin den Rückstand beim Preis nicht aufholen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/101).

Verfügung vom 18. Juni 2015

Verfahrensbeteiligte

Bruno Federer, Metallbau - Heizungen, Rathausplatz 11A, 9442 Berneck,

Beschwerdeführer und Gesuchsteller,

gegen

Politische Gemeinde Berneck, vertreten durch den Gemeinderat, 9442 Berneck,



Vorinstanz,

und

HWT Haus- und Wassertechnik AG, Industriestrasse 26, 9434 Au,

Beschwerdegegnerin und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Bürki, Auerstrasse 2, Postfach 91,
9435 Heerbrugg,

Gegenstand

**Vergabe Erneuerung Wasserleitung Zone Rötiberg und Taa
(Rohrverlegearbeiten) / aufschiebende Wirkung**

Der Präsident stellt fest:

Mit Beschwerde vom 4. Juni 2015 (Postaufgabe: 05.06.15) hat Bruno Federer (Beschwerdeführer), der ein Einzelunternehmen im Bereich Metallbau und Heizungen betreibt, den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Berneck (Vorinstanz) am 27. Mai 2015 verfügten Zuschlag für die Rohrverlegearbeiten zur Erneuerung der Wasserleitung in der Zone Rötiberg und Taa an die HWT Haus- und Wassertechnik AG (Beschwerdegegnerin) beim Verwaltungsgericht angefochten und mit dem Antrag, der Zuschlag und die Absagen an drei ortsansässige Firmen seien aufzuheben, sinngemäss auch ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 8. Juni 2015 superprovisorisch den Abschluss des Vertrags. Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 11. Juni 2015, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen und das am 8. Juni 2015 verhängte Verbot, den Vertrag abzuschliessen, aufzuheben. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 12. Juni 2015 die Abweisung des Begehrens um aufschiebende Wirkung. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten,



welche die Vorinstanz dem Gericht am 12. Juni 2015 einreichte, wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:

- 1.** Über das – sinngemässe – Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde.

- 2.** Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. 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.** Gemäss Ziffer 632.100 der Besonderen Bestimmungen (NPK 102) zur Ausschreibung zur Ausschreibung ist der Baubeginn für das Gebiet Rötiberg für August 2015 vorgesehen (act. 8/1 Ausschreibung und Angebot Nr. 1, Seite 10). Die Vorinstanz trägt allerdings keine öffentlichen Interessen vor, welche gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sprechen. Insbesondere bringt sie keine Gründe vor, die einer späteren Realisierung des Projekts entgegen stünden. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Beginn der Bauarbeiten sei für August 2015 geplant. Sie macht damit – wenn auch nicht ausdrücklich – private Interessen an der Planbarkeit ihrer unternehmerischen Kapazitäten geltend. Die öffentlichen und privaten Interessen, welche gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprechen, wiegen zwar eher gering. Eine Abwägung der Interessen ist allerdings – angesichts der fehlenden ausreichenden Begründung der Beschwerde – nicht erforderlich.

 - 2.2.** Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, der geringfügige Preisunterschied zwischen seinem Angebot und dem Angebot der



Beschwerdegegnerin habe sich zu stark ausgewirkt (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1), beim Kriterium "Qualität" hätte die auswärtige Beschwerdegegnerin wegen schlechterer Kenntnis des Bernecker Wasserleitungsnetzes schlechter benotet werden müssen, als ortsansässige Bewerber (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2) und bei der Termineinhaltung hätte er besser als die Beschwerdegegnerin eingestuft werden müssen, weil er bei Termindruck jederzeit innert Minuten zur Verfügung stehen könne (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.3). Sodann geht der Beschwerdeführer davon aus, die in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien – Angebotspreis, Qualität (Referenzen/Ausbildung/Erfahrung) und Termineinhaltung – seien gleich zu gewichten und es müssten weitere Kriterien zugunsten ortsansässiger Bewerber berücksichtigt werden (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.4).

2.2.1. Die Vorinstanz hat der Preisbewertung die Formel $[5 \times \text{Preis}_{\min} / \text{Preis}_{\text{Angebot}}]$ zugrunde gelegt. Der degressive Verlauf dieser Preiskurve begünstigt tendenziell teure Angebote (vgl. VerwGE B 2014/210 vom 28. April 2015 E. 3, www.gerichte.sg.ch). Sie hat denn auch dazu geführt, dass das teuerste Angebot immer noch mit 4,59 Punkten und das zweitteuerste des Beschwerdeführers noch mit 4,77 Punkten benotet wurden. Die Anwendung der auf der tatsächlichen Preisspanne beruhenden Formel $[\text{maximale Punktzahl} \times \{\text{Preis}_{\max} - \text{Preis}_{\text{Angebot}}\} : \{\text{Preis}_{\max} - \text{Preis}_{\min}\}]$ hätte zu einer Benotung des Angebots des Beschwerdeführers mit lediglich 2,36 Punkten, nämlich $[5 \times \{\text{CHF } 344'824.20 - \text{CHF } 331'462.95\} : \{\text{CHF } 344'824.20 - \text{CHF } 316'472.65\}]$ geführt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz eine Preiskurve gewählt, die sich weniger zuungunsten seines teureren Angebots – welches die Vorinstanz zudem noch zu seinen Gunsten korrigierte – auswirkte.

Das Preiskriterium wurde mit 85 Prozent zwar stark gewichtet, so dass sich die Preisdifferenzen trotz des degressiven Kurvenverlaufs, der teure Angebote begünstigt, erheblich auswirkten. Die Gewichtung ist indessen mit Blick darauf, dass selbst das Abstellen auf den Preis als einziges Zuschlagskriterium nicht notwendigerweise vergaberechtliche Grundsätze verletzt (vgl. VerwGE B 2012/34 vom 1. Mai 2012, www.gerichte.sg.ch) und auf die Art der ausgeschriebenen Leistung, die keine besonderen technischen Fähigkeiten verlangt, welche den Preis in den Hintergrund treten liessen, nicht zu beanstanden. Jedenfalls erscheint sie bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als rechtsfehlerhaft.



2.2.2. Das Kriterium der Qualität, für das maximal fünf – nicht gewichtete – Punkte vergeben wurden, wurde wie folgt aufgegliedert: zwei Punkte für Referenzen, nämlich maximal ein Punkt für Firmenreferenzen (0,5 Punkte je Referenz) und ein Punkt für Referenzen des Chefmonteurs (0,5 Punkte je Referenz), zwei Punkte für die Ausbildung, nämlich maximal je ein halber Punkt für die Ausbildung des Bauführers und des Facharbeiters und ein Punkt für den Chefmonteur, und ein Punkt für die vorhandene Schweissprüfung des Chefmonteurs (act. 8/7e Seite 2). Gemäss Beiblatt der Ausschreibungsunterlagen (act. 8/1) waren für den Anbieter selbst und seinen Chefmonteur je zwei vergleichbare Referenzobjekte im Bereich des Baus von Wasserleitungen anzugeben. Bei der Bewertung des Angebots nach dem Zuschlagskriterium der Qualität erzielte die Beschwerdegegnerin die maximale Punktzahl, nämlich je zwei für die Referenzen und die Ausbildung sowie einen Punkt für die Schweissprüfung, mit welcher das Unterkriterium der Erfahrung konkretisiert wurde.

Das Angebot des Beschwerdeführers erzielte bei der Bewertung der Referenzen einen Punkt weniger als das Angebot der Beschwerdegegnerin. Aus der Bewertungsmatrix (act. 8/7e) und den Offerten (act. 8/2 und 4) ergibt sich, dass im Angebot des Beschwerdeführers – anders als in jenem der Beschwerdegegnerin – keine Referenzen des Chefmonteurs angegeben und benotet wurden. Selbst wenn die Referenzen des Unternehmens auch dem Chefmonteur des Beschwerdeführers zugerechnet würden, würde sich die Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers um zehn gewichtete Punkte auf 451 Punkte erhöhen und läge weiterhin deutlich hinter jenem der Beschwerdegegnerin, das 500 Punkte erzielte.

Bei der Bewertung der Ausbildung von Bauführer, Facharbeiter und Chefmonteur ging das Angebot des Beschwerdeführers leer aus. Diese Bewertung ist angesichts des Umstandes, dass der Beschwerdeführer in seinem Angebot keine Angaben zur Ausbildung dieser Personen machte, nicht zu beanstanden. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass das Angebot des Beschwerdeführers beim Unterkriterium Erfahrung mangels Bestätigung, dass der Chefmonteur über das Schweisszertifikat verfügt, keinen Punkt erzielte.



2.2.3. Die Termineinhaltung wurde sowohl beim Angebot des Beschwerdeführers als auch bei jenem der Beschwerdegegnerin mit dem Maximum von 25 gewichteten Punkten bewertet. Die Detailbewertung dieses Kriteriums ist in der Bewertung der Offerten nachvollziehbar begründet (act. 8/7e Seite 2). Nachdem beide Anbieter zudem keine Vorbehalte zu den in den Unterlagen angegebenen voraussichtlichen Zeitpunkten des Baubeginns und des Bauendes anbrachten, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, aus denen auf eine rechtsfehlerhafte Bewertung der Angebote schliessen liesse. Selbst wenn aber das Angebot der Beschwerdegegnerin bei der Termineinhaltung leer ausgehen würde, würde sie immer noch 475 gewichtete Punkte erzielen.

2.2.4. Die Vergabebehörde hat die Zuschlagskriterien in den Unterlagen zur Ausschreibung weder mit einer Rangierung noch einer Gewichtung versehen. Mit Blick auf die Vorgaben des st. gallischen Vergaberechts in Art. 34 Abs. 2 VöB, wonach die Kriterien mit allfälligen Unterkriterien in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt gegeben werden, war aus der Reihenfolge zu schliessen, dass zuerst genannten Kriterien mehr Gewicht zukommen sollte. Aus dem Offertvergleich (act. 8/7e) ergibt sich, dass der Preis mit 85, die Qualität mit zehn und die Termineinhaltung mit fünf Prozenten gewichtet und damit das Gewicht der Zuschlagskriterien der Reihenfolge ihrer Nennung in den Ausschreibungsunterlagen entsprach. Im Übrigen würde sich auch bei einer gleichen Gewichtung der drei Zuschlagskriterien nichts zugunsten des Beschwerdeführers ändern, zumal dem Rückstand seines Angebots bei der Benotung des Qualitätskriteriums dann ein Gewicht nicht bloss von zehn, sondern von 33 Prozent zukommen würde.

Der Beschwerdeführer erachtet es als "unvorstellbar", dass ein die Wasserversorgung Berneck betreffender grosser Auftrag "ausser Dorf vergeben" werden soll. Zu berücksichtigen seien auch die Steuerkraft und das Engagement der einheimischen Anbieter in der Gemeinde. Vorab ist dazu festzuhalten, dass es das Transparenzgebot im öffentlichen Beschaffungsrecht gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB nicht zulässt, bei der Bewertung der eingereichten Angebote neue in der Ausschreibung nicht bekannt gegebene Kriterien einzuführen. Zentraler Zweck des öffentlichen Beschaffungsrechts ist sodann die Öffnung des Marktes der öffentlichen Beschaffungen unter anderem der Gemeinden (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 IVöB) und



insbesondere die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern und die Gewährleistung ihrer Gleichbehandlung sowie einer unparteiischen Vergabe (Art. 1 Abs. 2 Ingress und lit. a und b IVöB). Diese Ziele schliessen eine Bevorzugung ortsansässiger Anbieter gegenüber ortsfremden Anbietern grundsätzlich aus. Auch volkswirtschaftliche oder fiskalische Gründe (beispielsweise Steuerdomizil, örtliche Arbeitsplätze, angemessene Verteilung der Aufträge) sind sachfremde Kriterien, die vom Submissionsrecht nicht berücksichtigt werden dürfen. Allerdings dürfen Orts- und Objektkenntnisse dann berücksichtigt werden, wenn dies sachgerecht ist. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Vergabe im Bereich der Kehrriechtabfuhr, bei dessen Erfüllung sich der Chauffeur an eine vorgegebene, relativ einfache und gleichbleibende Route halten muss, nicht der Fall. Demgegenüber hat die Berücksichtigung der Ortskenntnis einen guten Sinn bei der Vergabe eines Ingenieurauftrags für eine Gesamtmelioration (vgl. Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 920 und 923). Ob die Vorinstanz beim Bau neuer Wasserleitungen Ortskenntnisse hätte berücksichtigen dürfen, weil für die Erstellung die Kenntnis des Leitungsnetzes und damit beispielsweise über Druckverhältnisse und –ausgleiche von Belang sind, kann offen bleiben. Dazu verpflichtet war sie jedenfalls nicht.

Vergleichbares gilt für die Berücksichtigung von Transport- und Anfahrtswegen, die nicht dazu führen dürfen, dass ortsansässige Bewerber ohne vergaberechtlich zulässige Überlegungen bevorteilt werden. Wenn die Vergabebehörde bei der Ausschreibung der Wasserleitungen kein entsprechendes Kriterium angewendet hat, hat sie sich deshalb innerhalb des ihr bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und der Bewertung zustehenden grossen Ermessensspielraums bewegt. Selbst wenn die Berücksichtigung des Kriteriums bei der Art der ausgeschriebenen Arbeit zulässig sein sollte, ist nicht ersichtlich, weshalb das Angebot einer Unternehmung mit Sitz in der Nachbargemeinde diesbezüglich schlechter benotet werden müsste.

2.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde auch unter Berücksichtigung der fehlenden offenkundigen Dringlichkeit der Vergabe nicht als ausreichend begründet erscheint. Ob auf das Rechtsmittel des Beschwerdeführers, der lediglich geltend macht, es wäre ein einheimischer Bewerber zu berücksichtigen gewesen, und kaum eine realistische Chance auf einen Zuschlag an ihn selbst hat, mangels eines eigenen schutzwürdigen Interesses im Sinn von Art. 64 in Verbindung



mit Art. 45 Abs. 1 VRP nicht einzutreten wäre, kann offenbleiben. Ebenfalls kann offen bleiben, ob die Vorinstanz das Angebot des Beschwerdeführers angesichts der Unvollständigkeit hinsichtlich der Angaben zur Ausbildung seiner Mitarbeiter und des Schweisszertifikats auch hätte ausschliessen dürfen. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin ist einzuladen, bis 29. Juni 2015 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 12. Juni 2015 innert gleicher Frist zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

3. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin ausseramtlich mit CHF 1'000 zuzüglich vier Prozent Barauslagen – jedoch ohne Mehrwertsteuer, da die Beschwerdegegnerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist – ausseramtlich zu entschädigen (Art. 6, Art. 19, Art. 22 Abs. 1 lit. b, Art. 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75).

Der Präsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Die Beschwerdegegnerin wird eingeladen, bis **29. Juni 2015** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, gegebenenfalls ihre Stellungnahme vom 12. Juni 2015 innert gleicher Frist zu ergänzen. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
- 3.** Der Beschwerdeführer bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000.
- 4.** Der Beschwerdeführer entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 1'000 zuzüglich vier Prozent Barauslagen.

Der Präsident

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Eugster