



**Fall-Nr.:** B 2015/270  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 22.01.2016  
**Entscheiddatum:** 22.01.2016

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 22.01.2016**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 34 Abs. 2 lit. a VöB, Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB. Die von der Vorinstanz angewendete Preiskurve, nach welcher alle Angebote mit einem Offertpreis, der weniger als 87,5 Prozent des Durchschnittspreises beträgt, beim Preiskriterium gleichermassen die Maximalnote erhalten, ist vergaberechtswidrig. Da verschiedene vergaberechtskonforme Preiskurven möglich sind und es nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts ist, im Beschwerdeverfahren zu klären, ob alle zulässigen Preisbewertungsmodelle dazu führen, dass der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen ist, ist die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vergabebehörde hat im Übrigen beim Zuschlagskriterium „Anbieter und Infrastruktur“, mit welchem unter anderem die Erreichbarkeit des Kurslokals mit dem öffentlichen Verkehr und die Verpflegungsmöglichkeiten in der Nähe des Kursortes bewertet wurden, ihr Ermessen unterschritten, wenn sie Kursstandorte beim Bahnhof St. Fiden und beim Hauptbahnhof St. Gallen als gleichwertig einstufte (Verwaltungsgericht, B 2015/270). Entscheid vom 22. Januar 2016**

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder, Heer, Bietenharder, Zindel;  
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

**First Contact (Training) GmbH**, Berghaldenstrasse 76, 8053 Zürich,



## St.Galler Gerichte

### **Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Julia Bhend, Probst & Partner AG,  
Bahnhofplatz 18, 8401 Winterthur,

gegen

**Amt für Wirtschaft und Arbeit**, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

### **Vorinstanz,**

und

**NewPlacement GmbH**, Flurstrasse 50, 8048 Zürich,

### **Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

## **Vergabe Bewerbungscoaching für erwerbslose Personen (Zusatzausschreibung St. Gallen)**

### **Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.** Das Amt für Wirtschaft und Arbeit schrieb am 8. Juni 2015 im Rahmen arbeitsmarktlicher Massnahmen zur raschen und dauerhaften Wiedereingliederung Erwerbsloser ins Erwerbsleben für die RAV-Region St. Gallen die Durchführung von Kursen für Bewerbungscoaching für Stellensuchende im offenen Verfahren aus (ABI 2015 S. 1367 f.), nämlich jährlich 24 Kurse „Bewerbungscoaching“, acht Kurse „Bewerbungscoaching+“ und 16 Kurse „Bewerbungscoaching+ Fremdsprachige“ (act. 7, Ziffer 2.3 der Ausschreibungsunterlagen). Als Zuschlagskriterien wurden "Anbieter und Infrastruktur" (30 Punkte, davon "Kursanbieter" und "Erfahrung" je neun Punkte, "Aufgabenteilung Kurs- und Co-Leitung", "Kursort", "Kursraum und Ausstattung" und "Aufenthaltsraum/Verpflegungsmöglichkeiten" je drei Punkte), "Konzept" (33 Punkte,



## St.Galler Gerichte

davon "Methodik/Didaktik" und "Probelektion" je neun Punkte, "Lehrplan Kurs" 15 Punkte), "Kursleitung" (27 Punkte, davon "Qualifikation und Erfahrung" 15 Punkte und "Anforderungsprofil" zwölf Punkte) und "Preis" (30 Punkte; Ziffer 7.8 und Anhang 8 der Ausschreibungsunterlagen) aufgeführt.

**B.** Innert der bis 2. Juli 2015 laufenden Frist gingen acht Angebote von acht Anbietern, unter anderem jenes der First Contact (Training) GmbH zum Preis von CHF 969'800, ein. Die Regierung des Kantons St. Gallen beschloss am 22. September 2015, den Zuschlag der New Placement GmbH zum Preis von CHF 1'047'213.70 zu erteilen. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit verfügte den Zuschlag am 28. September 2015.

**C.** Die First Contact (Training) GmbH (Beschwerdeführerin) erhob gegen die Zuschlagsverfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (Vorinstanz) vom 28. September 2015 mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 9. Oktober 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen und die Beschwerdeführerin für die Aufwendungen im Vergabe- und Rechtsmittelverfahren mit CHF 28'976.40 (zuzüglich Anwaltskosten und Aufwendungen für das Rechtsmittelverfahren) zu entschädigen. Das von der Beschwerdeführerin gleichzeitig gestellte Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, hiess der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts am 22. Oktober 2015 gut. Die Kosten der unangefochten rechtskräftig gewordenen Verfügung verblieben bei der Hauptsache.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 11. November 2015, auf die Beschwerde, der die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen sei, sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Die New Placement GmbH (Beschwerdegegnerin) verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Die



Beschwerdeführerin nahm zur vorinstanzlichen Vernehmlassung mit Eingabe vom 27. November 2015 Stellung. Sie hielt unter Erhöhung des Schadenersatzbegehrens auf CHF 32'086.80 (zuzüglich Anwaltskosten) an ihren Anträgen fest und reichte für das Beschwerdeverfahren eine Kostennote über CHF 10'596.65 zuzüglich vier Prozent pauschale Barauslagen und Mehrwertsteuer ein.

Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Die Beschwerdeführerin, deren nicht berücksichtigtes Angebot mit 113.417 Punkten hinter dem mit 116 Punkten bewerteten Angebot der Beschwerdegegnerin den zweiten Rang erreichte, hat reelle Chancen auf den Zuschlag und ist dementsprechend zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde wurde fristgerecht erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin beanstandet die von der Vorinstanz angewendete und in Anhang 8 der Ausschreibungsunterlagen (act. 2/4) unbestrittenermassen bekannt gegebene Preisbewertung. Die Vorinstanz macht geltend, Einwände gegen die Ausschreibung könnten im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag nicht mehr vorgebracht werden. Dies gelte jedenfalls in dem Masse, in welchem Bedeutung und Tragweite der betroffenen Anordnung erkennbar gewesen seien. Die in Ziffer 8 der Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Anhänge und damit auch der Anhang 8, in welchem die Preisbewertung definiert worden sei, seien Bestandteil der Ausschreibung gewesen. Die Beschwerdeführerin habe an der Preiskurve erst Anstoss genommen, als



die Bewertung nicht nach ihrer Vorstellung ausgefallen sei. Ein solches Verhalten widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Die Ausschreibung gilt gemäss Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. a IVöB als anfechtbare Verfügung. Konnte sie selbständig angefochten werden, so darf auf sie im Anschluss an den Zuschlag nicht mehr zurückgekommen werden. Es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn ein Anbieter, der sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen hat, obwohl er die von ihm als ungenügend erachtete Umschreibung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung hätte anfechten können, noch in diesem Zeitpunkt dagegen Beschwerde führen könnte (BGer 2P.222/1999 vom 2. März 2000 E. 3a mit Hinweis auf BGE 125 I 203; VerwGE B 2011/22 vom 12. April 2011 E. 2.1, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch); GVP 2001 Nr. 20 nach vorbehaltloser Einlassung auf eine unangekündigte Abgebotsrunde). Wer vorbehaltlos die Ausschreibungs- und Einladungsunterlagen akzeptiert und diese zur Grundlage seines Angebots macht, dem ist es verwehrt, nach einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens Mängel der Einladung zu rügen (vgl. VerwGE B 2003/230 vom 23. April 2004 E. 4b/bb mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

Zwar haben weder die Beschwerdeführerin noch die anderen Anbieter die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen beanstandet. Eine Ausschreibung kann aber Anordnungen enthalten, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlauf des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben, wobei die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung erhalten bleibt (vgl. VerwGE B 2010/156 vom 14. Oktober 2010 = GVP 2010 Nr. 79 E. 2.4 mit Hinweis, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch); VerwGE B 2015/78 vom 17. Dezember 2015 E. 2 mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Dementsprechend muss es auch im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung möglich sein, auf die Ausschreibung zurückzukommen. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn sich – wie vorliegend – eine Preiskurve erst aufgrund der konkret eingereichten Angebote als vergaberechtswidrig erweist. Soweit – was durchaus möglich wäre – kein Angebot zu einem Preis unterhalb 87,5 Prozent des Durchschnittspreises eingeht, besteht kein Anlass, die vorinstanzliche Preiskurve mit der Begründung zu beanstanden, Preisdifferenzen wirkten sich bei günstigen



Angeboten bei der Bewertung nicht aus. Dass mehrere Angebote mit unterschiedlichen Preisen beim Preiskriterium gleichermassen die Maximalnote erhalten, wird erst bei der Bewertung der eingegangenen Angebote klar.

Unter den dargelegten Umständen ist die Rüge der Beschwerdeführerin, die Preiskurve wirke sich in vergaberechtswidriger Weise aus, auch im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung noch zulässig.

**3.** Die Beschwerdeführerin erachtet die Preisbewertung als vergaberechtswidrig.

**3.1.** In der Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2015 hat der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, die Preiskurve führe dazu, dass alle Angebote mit einem Offertpreis, der weniger als 87,5 Prozent des Durchschnittspreises betrage, beim Preiskriterium gleichermassen die Maximalnote erhalten. In diesem Bereich wirkten sich Preisdifferenzen nicht mehr aus. Obwohl der Preis des Angebots der Beschwerdeführerin unterhalb dieses Preises liege, habe es – wie alle anderen darunter liegenden, aber teureren Angebote auch – die Maximalnote erhalten. Bei einer solchen Preiskurve kann das Preiskriterium seine Funktion, zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots beizutragen, gar nicht erfüllen (vgl. BGer 2P.153/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 4). Zur weiteren Begründung kann auf die Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2015 (E. 2.2.1) verwiesen werden.

**3.2.** In der Vernehmlassung vom 11. November 2015 begründet die Vorinstanz ihre Auffassung, die Preiskurve halte vor den Grundsätzen des Vergaberechts stand, mit der Preisspanne und damit der Neigung der Preiskurve sowie mit der Gewichtung des Preiskriteriums. Diese Elemente sind für die Beurteilung der Frage, ob es vergaberechtlich zulässig ist, alle unter einem bestimmten Mindestpreis liegenden Angebote mit der gleichen Maximalnote zu bewerten, allerdings nicht von Bedeutung.

Die Vorinstanz beruft sich sodann zur Rechtfertigung der beschriebenen Preiskurve auf Vorschriften des Arbeitslosenversicherungsrechts. Zusammengefasst macht sie im Wesentlichen geltend, zumutbar seien einzig Lohnvorgaben, die den berufs- oder ortsüblichen Bedingungen entsprechen (Art. 16 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über



die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung; SR 837.0, AVIG). Sie selbst sei zur Festlegung der Orts- und Branchenüblichkeit zuständig (Art. 59c Abs. 5 AVIG in Verbindung mit Art. 81e Abs. 4 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung; SR 837.02, AVIV). Aus dem Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik ergebe sich, dass in der Berufsgruppe Lehrer ohne Kaderfunktion 25 Prozent der Arbeitnehmenden bei einem durchschnittlichen Alter von 45 Jahren bei 41 Wochenstunden und abgeschlossener Berufsausbildung und zehn Dienstjahren einen Lohn erzielten, der vom Mittelwert um rund +/- zehn Prozent abweiche. Sie habe die „Spannbreite“ auf eine Abweichung von 12,5 Prozent erhöht, damit „eine differenzierte Bewertung der unterschiedlich offerierten Lohnmodelle ermöglicht“ werde. Gleichzeitig sei dadurch sichergestellt worden, „dass die Sach- und Mietaufwändungen, nach den Erhebungen des Eidgenössischen Statistischen Amtes, angemessen und gewichtet berücksichtigt werden“. Ziel sei es gewesen, „die Entlohnungen, die (+/-)15-20% am Ende der Lohnskala exponiert sind, als nicht orts- und branchenüblich auszuscheiden“. Dumpinglöhne „ausserhalb der Spannweite der Orts- und Branchenüblichkeit“ sollten „nur im Rahmen der Orts- und Branchenüblichkeit der Preisbewertung zugeführt“ werden.

Die Beschwerdeführerin hält dieser Argumentation entgegen, sie beziehe sich auf den zumutbaren Lohn für Arbeit, die der Erwerbslose annehmen müsse und habe mit der Entschädigung für die vorliegenden Dienstleistungen nichts zu tun. Für arbeitsmarktliche Massnahmen würden die nachgewiesenen und notwendigen Kosten erstattet (Art. 59cbis Abs. 1 und 2 AVIG). Damit werde die Entschädigung nach oben hin begrenzt. Preise unter den Selbstkosten seien zugelassen. Auch gemeinnützige Organisationen oder Einrichtungen der Sozialpartner könnten solche Dienstleistungen erbringen. Die Anbieter würden nicht gezwungen, die Leistungen der Vergabestelle zu einem kostendeckenden Preis anzubieten. Sie könnten ihre Dienstleistungen auch anderweitig, beispielsweise durch Mitgliederbeiträge, Spenden oder Gewinne aus anderen Tätigkeiten finanzieren. Nicht zu berücksichtigen seien deshalb nicht tiefe, sondern überhöhte Angebote. Wecke ein Dumpingangebot Zweifel an der Eignung oder Einhaltung der Teilnahmebedingungen gelte Art. 32 VöB. Im Übrigen seien die Anbieter frei in der Preiskalkulation, und der Preiswettbewerb dürfe nicht durch das Preisbewertungsmodell beschränkt werden.



Art. 16 AVIG steht unter dem Randtitel „Zumutbare Arbeit“ und verpflichtet den Versicherten, grundsätzlich jede zumutbare Arbeit unverzüglich anzunehmen. Ein direkter Zusammenhang mit den Kosten der von der Vorinstanz ausgeschriebenen Kurse ist nicht ersichtlich. Da es vergaberechtlich zulässig ist, Angebote auch zu einem Preis einzureichen, welcher die Gestehungskosten nicht deckt (sogenannte Unterangebote; vgl. dazu D. Lutz, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 281 ff., S. 287 f.) kann aus einem tiefen Offertpreis im Übrigen noch nicht auf die tatsächlich ausgerichteten Löhne geschlossen werden. Würde die Vorinstanz bei Anbietern, deren Offertpreis mehr als 12,5 Prozent unterhalb des Durchschnittspreises liegt, an der Eignung – beispielsweise weil sie möglicherweise nicht ausreichend qualifiziertes Personal zu unteretzten Löhnen einsetzt – zweifeln, müsste sie nach Art. 32 VöB vorgehen und zur Prüfung, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, zusätzliche Unterlagen und Auskünfte verlangen. Dies hat die Vorinstanz unbestrittenermassen nicht getan. Ebenso wenig hat sie abgeklärt, ob der tiefe Offertpreis der Beschwerdeführerin auf eine unzulässige Quersubventionierung mit öffentlichen Geldern zurückzuführen ist.

In Ziffer 3.2 der Ausschreibungsunterlagen verlangt die Vorinstanz, dass die Besoldung der Leitung und der Kursleitenden sich an orts- und branchenüblichen Ansätzen orientiert und in der Offerte bekannt gegeben wird. Die Besoldung ist an das Alter, die Anstellungsart, die Unterrichtserfahrung sowie die fachlichen und/oder pädagogisch-andragogischen Ausbildungen anzupassen. Mit der unterschriebenen Offerte bestätigten die Anbieter eine orts- und branchenübliche Besoldung und den genannten Grundsätzen entsprechende Lohnstruktur. Aus diesen Formulierungen ist zu schliessen, dass für die Berücksichtigung eines Angebots ausschlaggebend sein soll, dass die Anbieterin den mit der Kursleitung betrauten Personen tatsächlich orts- und branchenübliche Löhne bezahlt. Die Vorinstanz macht nicht geltend, die Beschwerdeführerin halte diese Voraussetzung nicht ein. Nicht entscheidend ist, wie die Beschwerdeführerin den Offertpreis insgesamt kalkuliert.

**3.3.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorinstanzliche Preisbewertungsmethode nicht geeignet ist, das von ihr angestrebte Ziel, Dumpinglöhne zu verhindern, zu erreichen. Das Instrument, um solche Angebote aus



dem Verfahren auszuschliessen, gibt sich die Vorinstanz vielmehr mit Ziffer 3.2 der Ausschreibungsunterlagen selbst in die Hand, indem sie Anbieter, welche nicht orts- und branchenübliche Löhne zahlen, vom Verfahren ausschliessen kann. Diese Regelung entspricht im Übrigen auch den Vorgaben von Art. 10 Abs. 1 und 2 VöB, wonach der Auftraggeber den Auftrag nur an einen Anbieter vergibt, der seinen Arbeitnehmern gegenüber die Arbeitsbedingungen der allgemeingültigen Gesamt- und Normalarbeitsverträge beziehungsweise die berufsüblichen Bedingungen gewährleistet. Dementsprechend erweist sich die Beschwerde insoweit als begründet, als damit die von der Vorinstanz angewandte Preiskurve als vergaberechtswidrig zu beurteilen ist.

**4.** Aus der Vergaberechtswidrigkeit der Preiskurve leitet die Beschwerdeführerin ab, es sei ihr im Beschwerdeverfahren der Zuschlag zu erteilen.

**4.1.** Ist der Vertrag noch nicht abgeschlossen, kann die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 18 Abs. 1 IVöB die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung ist zu berücksichtigen, dass das Verwaltungsgericht den angefochtenen Entscheid entsprechend der Regelung der Beschwerdegründe in Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP einzig auf Rechtsverletzungen hin überprüfen kann. Insbesondere steht es ihm nicht zu, eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vergabebehörde zu stellen. Bei der Festlegung der Preiskurve, insbesondere bei der Ermittlung der Preisspanne, steht der Vergabebehörde – wie überhaupt bei der Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien – ein erhebliches Ermessen zu, welches einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich ist (vgl. beispielsweise VerwGE B 2006/135 vom 27. Februar 2007 E. 2.3.1, Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 887).

**4.2.** Die Beschwerdeführerin stützt sich zur Begründung der Auffassung, ihr Angebot sei das wirtschaftlich günstigere als jenes der Beschwerdegegnerin, zunächst auf ein Bewertungsmodell, welches bei der Bewertung des Preises zu einer Maximalpunktzahl von mehr als 30 Punkten führen würde (Rz. 24/25 der Beschwerdeeingabe). Damit würde das Preiskriterium bei den Angeboten unterhalb



von 87,5 Prozent des Durchschnittspreises höher gewichtet als gemäss Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben. Das Modell ist deshalb unzulässig. Zwar erachtet die Beschwerdeführerin gleichzeitig auch die Gewichtung des Preises mit 25 Prozent als dem Ausschreibungsgegenstand nicht angemessen. Indessen ist ihr hier – anders als bei der Preisbewertungsmethode, bei der sich die Vergaberechtswidrigkeit erst aufgrund der konkret offerierten Preise ergeben hat – vorzuhalten, dass sie sich nicht bereits gegen die Ausschreibungsunterlagen gewendet hat.

Die Beschwerdeführerin führt zur Begründung sodann an, werde der höchste Angebotspreis (oder die höchsten Angebotspreise) bei der Durchschnittsberechnung nicht berücksichtigt, rangierte ihr Angebot auf dem ersten Platz (Rz. 26). Gleiches ergebe sich, wenn das billigste Angebot mit der Maximalpunktzahl benotet und eine realistische Preisspanne von 25 Prozent angenommen würde (Rz. 28/29). Diese von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Preisbewertungsmodelle bewegen sich möglicherweise im Rahmen des vergaberechtlich Zulässigen. Indem die Beschwerdeführerin ihren Antrag mit unterschiedlichen Preisbewertungsmodellen begründet, bringt sie zum Ausdruck, dass sie selbst verschiedene Preiskurven als vergaberechtlich zulässig anerkennt. Je nach Modell ergeben sich unterschiedliche Punktzahlen sowohl für das Angebot der Beschwerdeführerin als auch für das Angebot der Beschwerdegegnerin. Es ist indessen nicht die Aufgabe des Verwaltungsgerichts, im Beschwerdeverfahren zu klären, ob alle zulässigen Preisbewertungsmodelle dazu führen, dass der Beschwerdeführerin der Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen wäre.

**4.3.** Dementsprechend ist die Angelegenheit zur Festlegung einer vergaberechtskonformen und sachgerechten Preiskurve und zur neuen Bewertung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin – die übrigen Anbieter haben den Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm (und mit ihrer Nicht-Berücksichtigung) abgefunden – insbesondere nach dem neu festzulegenden Preisbewertungsmodell an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin dringt mit dem Antrag, es sei ihr der Zuschlag zu erteilen, nicht durch. Die Beschwerde ist deshalb lediglich teilweise gutzuheissen.



5. Aus verfahrensökonomischen Gründen ist zur Beanstandung der gleichen Bewertung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin beim Kriterium des Kurslokals und der Verpflegungsmöglichkeiten in dessen Umgebung auf die Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2015 und im Beschwerdeentscheid des Verwaltungsgerichts vom 9. November 2010 im Verfahren B 2010/165 ([www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)) hinzuweisen.

Die Vorinstanz macht geltend, die Wertung in der Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2015 und im Entscheid vom 9. November 2010 sei aus der Optik einer privaten Erwachsenenbildungseinrichtung unbestritten zutreffend, könne aber nicht einfach auf arbeitsmarktliche Angebote der Arbeitslosenversicherung übertragen werden. Zur Begründung stützt sich die Vorinstanz auch hier auf die Regeln zur Zumutbarkeit der von den Versicherten unverzüglich anzunehmenden Arbeit. Art. 16 Abs. 2 Ingress und lit. f AVIG sieht unter anderem vor, dass keine Annahmepflicht bestehe bei einer Arbeit, die einen Arbeitsweg von mehr als zwei Stunden je für den Hin- und Rückweg notwendig mache. Unter diesem Gesichtspunkt trifft es wohl zu, dass die Versicherten zur Teilnahme an den Kursen unabhängig davon verpflichtet sind, ob der Durchführungsort in der Nähe des Hauptbahnhofs St. Gallen oder in der Nähe des Bahnhofs St. Gallen-Haggen liegt. Allerdings schliesst diese Verpflichtung nicht aus, dass die Angebote nach dem Grad der Erreichbarkeit des Kurslokals unterschiedlich bewertet werden. Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass in den Ausschreibungsunterlagen eine „optimale Erreichbarkeit mit den öffentlichen Verkehrsmitteln“ verlangt wurde. Dass auch ein entlegeneres Kurslokal für einen einzelnen Teilnehmer unter Umständen schneller als das zentralere zu erreichen ist, ist selbstverständlich nie ausgeschlossen. Offenkundig ist aber, dass sich das Kriterium an der generellen Erreichbarkeit auszurichten hat. Wenn die Vorinstanz der Auffassung ist, die Erreichbarkeit des Kurslokals spiele – unter Beachtung der Regel von Art. 16 Abs. 2 Ingress und lit. f AVIG – keine Rolle, müsste dies dem Gebot der Transparenz gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB gehorchend in den Ausschreibungsunterlagen zum Ausdruck kommen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Vorinstanz die Anforderungen an das Kurslokal in ihr Gegenteil wenden und einen abgelegenen Standort als der Sache zweckdienlicher einstufen will. So wie die Unterlagen zurzeit formuliert sind, müssen Bewerber davon ausgehen, dass ihr Angebot umso besser bewertet wird, je besser ihr Kurslokal mit dem öffentlichen



## St.Galler Gerichte

Verkehr zu erreichen ist. Sie werden sich dementsprechend auch um ein zentral gelegenes Kurslokal bemühen. Eine gleichmässige Bewertung aller Standorte mit der maximalen Punktzahl verstiesse dementsprechend gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Die Beschwerdeführerin beanstandet sodann den Abzug von drei Punkten – 15 statt 18 Punkte – bei der Bewertung der „Qualifikation und Erfahrung“ der Kursleitung. Die Vorinstanz hat den Abzug damit begründet, teilweise seien die Unterlagen nicht vollständig und die Lebensläufe nicht aktuell. Die Begründung des Abzugs ist anhand des Angebots – einer der Kursleiter hat das Studium im Alter von 23 Jahren aufgenommen, und was er bis dahin gemacht hat, ergibt sich aus seinem Lebenslauf nicht – und den weiteren Ausführungen in der Vernehmlassung vom 11. November 2015 (Ziffern 5.1 und 5.2) nachvollziehbar und liegt im Ermessensbereich der Vorinstanz.

**6.** Das Gesuch der Vorinstanz, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen, fällt mit dem Entscheid in der Hauptsache dahin. Zu den Vorbringen in der vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 11. November 2015 ist immerhin anzumerken, dass in der Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2015 nicht die Rede davon ist, die Verzögerung in der Bearbeitung des Ausschreibungsgegenstandes sei „schwer nachvollziehbar“ und „durch die Vorinstanz verschuldet“. Vielmehr wurde in Erwägung 2.1 der Zwischenverfügung ausgeführt, die Vorinstanz äussere sich in der Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung vom 19. Oktober 2015 weder zum Zeitpunkt, in welchem klar wurde, dass Zusatzkurse anzubieten seien, noch zur dreimonatigen Dauer des Verfahrens zwischen Einreichung der Angebote und Regierungsentscheid. Die Erklärungen zur Dauer des Verfahrens liefert die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 11. November 2015. Dabei handelt es sich nicht um neue Tatsachen, sondern um der Vernehmlassung vom 19. Oktober 2015 nachgeschobene Begründungen. Gleiches gilt für die von der Vorinstanz nachträglich vorgetragenen Ausführungen zur Behauptung der Beschwerdeführerin, es würden bereits heute Zusatzkurse durch zwei andere Anbieter durchgeführt.

**7.** Bei diesem Ausgang des Verfahrens – die angefochtene Verfügung ist zwar aufzuheben, jedoch kann im Beschwerdeverfahren der Zuschlag der



Beschwerdeführerin nicht erteilt werden – sind die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz – die Beschwerdegegnerin hat sich am Verfahren nicht beteiligt – je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebür für den Hauptentscheid von CHF 4'800 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die Kosten der Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2015 trägt dem Ausgang des Verfahrens betreffend das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Staat. Eine Entscheidgebür von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 221 der Gerichtskostenverordnung). Auf die Erhebung der vom Staat (Amt für Wirtschaft und Arbeit) zu tragenden Kosten ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Für das Hauptverfahren sind keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP). Für das Zwischenverfahren hat der Staat (Amt für Wirtschaft und Arbeit) die Beschwerdeführerin für die ausseramtlichen Kosten zu entschädigen. In der Verwaltungsrechtspflege ist die Honorarpauschale innerhalb des von Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.75, HonO) festgelegten Rahmens zwischen CHF 1'000 und CHF 12'000 festzulegen. Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falls und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten bemessen (Art. 19 HonO; vgl. dazu BGE 141 I 124 E. 4 und BGer 1C\_53/2015 vom 12. Mai 2015 E. 2.5.). Für einen unvollständigen Prozess wird das Honorar angemessen gekürzt (Art. 27 Abs. 2 HonO). Bei der Festsetzung der Honorarpauschale ist die eingereichte Kostennote zu berücksichtigen (vgl. VerwGE B 2014/214 vom 27. November 2015 E. 4.2.1, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Der von der Beschwerdeführerin eingereichten Kostennote über rund CHF 11'000 liegt eine Berechnung nach dem Zeitaufwand zugrunde, welche einerseits nicht nur das Zwischenverfahren umfasst und andererseits von einem Stundenansatz von CHF 340 ausgeht. Mit Blick auf den in der Honorarordnung vorgesehenen mittleren Stundenansatz von CHF 250 (vgl. Art. 24 Abs. 1 HonO), den Aufwand für das Zwischenverfahren und die weiteren Bemessungskriterien erscheint eine ausseramtliche Entschädigung in der Höhe von CHF 3'600 zuzüglich vier Prozent pauschale Barauslagen (Art. 28bis Abs. 1 HonO) angemessen. Die Beschwerdeführerin



ist selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch); R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 28. September 2015 aufgehoben.
2. Die Angelegenheit wird im Sinn der Erwägung zur Festlegung einer vergaberechtskonformen Preiskurve, zur neuen Bewertung der Angebote und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Der Staat (Amt für Wirtschaft und Arbeit) bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 sowie die Hälfte der amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 4'800. Die Beschwerdeführerin bezahlt die Hälfte der amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 4'800 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'800. CHF 3'400 werden ihr zurückerstattet.
4. Der Staat (Amt für Wirtschaft und Arbeit) entschädigt die Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren mit CHF 3'600 zuzüglich vier Prozent Barauslagen, ohne Mehrwertsteuer.

# Publikationsplattform



## St.Galler Gerichte

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer