



**Fall-Nr.:** B 2016/241  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 28.03.2017  
**Entscheiddatum:** 28.03.2017

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 28.03.2017**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 12 Abs. 1 lit. c VöB, Art. 11 lit. a IVöBFührt die Vergabebehörde im Anwendungsbereich des freihändigen Verfahrens ein förmliches Einladungsverfahren durch, ist sie den Regeln dieser Verfahrensart unterworfen. Bei der Bewertung der Angebote ist zu berücksichtigen, dass das Vergaberecht keinen Durchgriff auf Konzerngesellschaften kennt. Die rechtlich verbindliche Mitverpflichtung weiterer Gesellschaften neben der Anbieterin muss sich eindeutig aus den Angebotsunterlagen ergeben. Vorliegend besteht vorab keine Klarheit über die konzernrechtlichen Verhältnisse zwischen der Anbieterin und weiteren Gesellschaften. Sodann kann aus einem Qualitätszertifikat, welches für mehrere Unternehmen ausgestellt wurde, aus Angaben zu Personalbeständen, Eigenkapital und Referenzen keine rechtlich verbindliche Mitverpflichtung abgeleitet werden. Schliesslich könnten die nachträglich angebotenen Patronats- und Konzernklärungen nur berücksichtigt werden, wenn sie bestätigen, was bereits im Angebot offenkundig zum Ausdruck gebracht worden ist (Verwaltungsgericht, B 2016/241).**

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder und Heer; Ersatzrichter Gmünder und Somm; Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

**A. Käppeli's Söhne AG**, St. Gallerstrasse 72, 7320 Sargans,

**Gebr. Kilchmann AG**, Marausstrasse 16, 7310 Bad Ragaz,



St.Galler Gerichte

**Beschwerdeführerinnen,**

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

gegen

**Politische Gemeinde Bad Ragaz, Gemeinderat, 7310 Bad Ragaz,**

**Vorinstanz,**

und

**Thut AG, Rheinau, 7310 Bad Ragaz,**

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Vergabe Umbau und Sanierung Primarschulgebäude Bahnhofstrasse 22  
(Abbruch-/Baumeisterarbeiten BKP 112/211)**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.** Die Politische Gemeinde Bad Ragaz lud die A. Käppeli's Söhne AG, die Gebr. Kilchmann AG, die Thut AG und die Zindel + Co. AG Maienfeld ein, bis 31. Oktober 2016 ein Angebot für die Abbruch- und Baumeisterarbeiten beim Umbau und der Sanierung des Primarschulgebäudes an der Bahnhofstrasse 22 einzureichen. In den



## St.Galler Gerichte

Unterlagen zur Einladung wurden die Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung bekannt gegeben, nämlich „Preis“ (70 Prozent), „Referenzen“ (10 Prozent), „Leistungsfähigkeit des Anbieters“ (10 Prozent), „Bauleiter“ (5 Prozent) und „Qualität der Offertunterlagen“ (5 Prozent). Angebote von Bietergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften waren zugelassen. Gemäss den Allgemeinen Bedingungen dürfen Arbeiten nur mit schriftlichem Einverständnis des Architekten oder Auftraggebers auf Unterakkordanten übertragen werden, wobei der Unternehmer für alle Arbeiten haftet. Der Baumeister garantiert eine fachlich einwandfreie und termingerechte Ausführung auch durch Subakkordanten. Er anerkennt, im Bedarfsfall kurzfristig genügend Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen, um die vereinbarten Termine einhalten zu können.

Innert Frist gingen je ein Angebot einer Arbeitsgemeinschaft der A. Käppeli's Söhne AG und der Gebr. Kilchmann AG sowie der Thut AG ein. Gemäss Protokoll über die Offertöffnung vom 4. November 2016 verzichtete die Zindel + Co. AG auf die Einreichung eines Angebots, da deren Tochterfirma – die Thut AG – eingegeben habe (act. 6/10). Der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Bad Ragaz erteilte den Zuschlag am 22. November 2016 der Thut AG, deren Angebot mit 9,9 von 10 gewichteten Punkten bewertet worden war, zum – korrigierten – Preis von CHF 283'174.70 inklusive Mehrwertsteuer.

**B.** Die aus der A. Käppeli's Söhne AG und der Gebr. Kilchmann AG (Beschwerdeführerinnen) bestehende Arbeitsgemeinschaft, deren Angebot zum – ebenfalls korrigierten – Preis von CHF 289'714.45 inklusive Mehrwertsteuer 9,7 gewichtete Punkte erzielt hatte, erhob gegen die am 23. November 2016 versandte Zuschlagsverfügung des Gemeinderates der Politischen Gemeinde Bad Ragaz (Vorinstanz) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 5. Dezember 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, es sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, ihr den Auftrag zu erteilen, eventualiter die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Präsident des Verwaltungsgerichts hiess das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um aufschiebende Wirkung am 16. Dezember 2016 gut. Die Kosten des Zwischenverfahrens verblieben bei der Hauptsache.



Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 10. Januar 2017, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Die Thut AG (Beschwerdegegnerin) liess sich innert der auf Gesuch ihres Rechtsvertreters hin erstreckten Frist mit eigener Eingabe vom 23. Januar 2017 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerinnen. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten 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 Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Die Beschwerdeführerinnen, die neben der Beschwerdegegnerin die einzigen Anbieterinnen sind und deren Angebot angesichts des Rückstandes von lediglich 0,2 – bei einem Maximum von 10 – gewichteten Punkten reelle Chancen auf den Zuschlag hat, sind zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde gegen die am 23. November 2016 versandte Zuschlagsverfügung wurde mit Eingabe vom 5. Dezember 2017 unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende rechtzeitig 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; Art. 30 Abs. 1 VRP in Verbindung mit Art. 142 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO). Auf die Beschwerde ist dementsprechend einzutreten.

2. Die Vorinstanz hat die Abbruch- und Baumeisterarbeiten für den Umbau und die Sanierung des Primarschulgebäudes Bahnhofstrasse 22 im Einladungsverfahren vergeben. Sie weist darauf hin, die Offertsummen lägen unter CHF 300'000 und die Arbeiten hätten – entsprechend dem Schwellenwert für Bauarbeiten im Bauhauptgewerbe gemäss Anhang 2 zur IVöB – im freihändigen Verfahren ausgeschrieben werden können. Im freihändigen Verfahren vergibt der Auftraggeber den Auftrag gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. c IVöB direkt ohne Ausschreibung.



Ein freihändig erteilter Zuschlag kann nicht auf die Anwendung von Zuschlagskriterien überprüft werden und ist nach der Rechtsprechung auch dann zulässig, wenn verschiedene Vergleichsofferten eingeholt wurden, solange nicht ein förmliches Einladungsverfahren durchgeführt wird (vgl. VerwGE B 2010/28 vom 16. September 2010 E. 2.1 mit Hinweisen unter anderem auf GVP 1999 Nr. 36, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). In den Unterlagen zur Einladung hat die Vorinstanz das Vergabeverfahren ausdrücklich als Einladungsverfahren bezeichnet und sich damit – anders als die Vergabebehörde in VerwGE B 2010/218 vom 16. September 2010, welche verschiedenen Unternehmen Gelegenheit zur Einreichung eines Angebots gegeben, das Verfahren aber ausdrücklich als freihändig bezeichnet hatte – den Regeln dieser Verfahrensart unterworfen (vgl. Galli/Moser/Lang/ Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2012, Rz. 283 mit Hinweisen).

**3.** Umstritten ist, ob die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Zuschlagskriterien „Referenzen“ und „Leistungsfähigkeit“ zu Recht gleichermassen wie jenes der Beschwerdeführerinnen je mit der Maximalnote von 10 bewertet hat.

**3.1.** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe beim Angebot der Beschwerdegegnerin nicht nur diese bewertet, sondern mehrere oder alle Baugeschäfte, die – wie die Beschwerdegegnerin – zur „Zindel United“ gehörten, obwohl nicht von einer konzernbezogenen Offerte auszugehen sei. Das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte deshalb nicht gleichermassen wie jenes der Beschwerdeführerinnen mit der Maximalnote bewertet werden dürfen. Sollte die Beschwerdegegnerin im Bereich Hochbau gar nicht operativ tätig sein, falle ihre Offerte von vornherein ausser Betracht. Jede in Bad Ragaz einigermaßen ortskundige Person wisse, dass die Beschwerdegegnerin im Bauhauptgewerbe keine oder kaum eine operative Tätigkeit entfalte und höchstens einige wenige Mitarbeitende habe.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie pflege mit der Beschwerdegegnerin und deren Muttergesellschaft Zindel & Co. AG Maienfeld seit Jahrzehnten eine solide und gute Zusammenarbeit, die weder bei den Bewertungen noch bei den Vergaben je zu Beanstandungen geführt hätten. Die Einladung sei im Wissen erfolgt, dass sich „möglicherweise“ die Tochter- mit der Mutterunternehmung für die Auftrags erledigung zusammenschliesse. Sie habe von den eingeladenen Unternehmen nach Treu und



Glauben die bewährte Praxis erwarten dürfen. Die ebenfalls eingeladene Zindel & Co. AG Maienfeld habe in Absprache mit der Beschwerdegegnerin auf ein eigenes Angebot verzichtet. Das Angebot der Beschwerdegegnerin habe ein SQS-Zertifikat Zindel + Co. AG Maienfeld für das ganze Unternehmen inklusive die Beschwerdegegnerin, drei Referenzobjekte der Zindel + Co. AG Maienfeld, einen Hinweis auf den Personalbestand der Zindel + Co. AG Maienfeld sowie der ganzen Gruppe „Zindel United“ und Angaben zum Eigenkapital der Beschwerdegegnerin und der ganzen Gruppe „Zindel United“ enthalten. Es sei klar gewesen, dass die Beschwerdegegnerin und die Zindel + Co. AG Maienfeld eine Bietergemeinschaft bildeten. Eine Anbieterin könne sich auf die fachlichen, wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, wenn sie nachweise, dass sie tatsächlich über die entsprechenden Mittel dieser Gesellschaft verfüge. Es wäre überspitzt formalistisch, einzig wegen des fehlenden Hinweises auf eine Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft bei den allgemeinen Angaben nicht von einem Konzernangebot auszugehen.

Die Beschwerdegegnerin hält fest, sie habe wie stets das Angebot eingereicht und deklariert, sie mache dies in Kooperation mit der Zindel Gruppe Maienfeld, weil sie nicht über die nötigen Ressourcen verfüge. Der Unterzeichner des Angebots sei sowohl für die Beschwerdegegnerin als auch für die Zindel + Co. AG Maienfeld einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident. Mit seiner Unterzeichnung der Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren sichere er die Kooperation auch noch schriftlich zu. Die Vorinstanz habe ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie die Leistungsfähigkeit der Zindel + Co. AG Maienfeld mitberücksichtigt habe.

**3.2.** Nach Rechtsprechung und Literatur gibt es keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Konzerngesellschaften. Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist im Vergaberecht strikt und ausschliesslich auf die Rechtsform abzustellen. Will sich eine Anbieterin auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss sie die fragliche Konzerngesellschaft als Konsortialpartnerin, als Subunternehmerin oder Lieferantin konkret in ihre Offerte einbinden. Die Muttergesellschaft wird insbesondere nicht schon aufgrund des unbestrittenen Näheverhältnisses Teil der Anbietersphäre. Schaffen die Angebotsunterlagen nicht letzte Klarheit darüber, welche Rolle die Muttergesellschaft innehat, erscheint ein Ausschluss der Anbieterin vergaberechtlich nicht als unzulässig (vgl. dazu die Hinweise im Präsidentialentscheid B 2016/241 vom 1.



Februar 2016 E. 2.2.3.1). Konzerngesellschaften der Anbieterin gelten grundsätzlich als gewöhnliche Dritte, so dass ihre Verhältnisse der Anbieterin nicht ohne weiteres zugerechnet werden können (vgl. M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 268). Deshalb ist es vergaberechtlich entsprechend dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter im Sinn von Art. 11 Ingress und lit. a IVöB geboten, auch bei der Bewertung der Angebote lediglich auf die Verhältnisse des offerierenden Unternehmens abzustellen, soweit sich aus den Angebotsunterlagen nicht eindeutig eine rechtlich verbindliche Mitverpflichtung weiterer Konzerngesellschaften gegenüber der Auftraggeberin ergibt (vgl. dazu auch die Ausführungen in der Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2016 E. 2.2.2).

**3.3.** Die Vorinstanz hat das Angebot der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Zuschlagskriterien „Referenzen“, „Leistungsfähigkeit des Anbieters“ und „Bauleiter“ – wie auch jenes der Beschwerdeführerinnen – je mit der Maximalnote 10 bewertet. Dabei hat sie aus verschiedenen Hinweisen in der Offerte und früheren Vergaben darauf geschlossen, es habe sich zusammen mit der Beschwerdegegnerin auch die Zindel + Co. AG Maienfeld verpflichtet.

**3.3.1.** Die Verpflichtung weiterer Konzerngesellschaften setzt vorab voraus, dass über die konzernrechtlichen Verhältnisse zwischen der Anbieterin und den weiteren im Angebot eingebundenen Konzerngesellschaften Klarheit besteht. Eine solche Klarheit ergibt sich aus dem Angebot der Beschwerdegegnerin nicht. Insbesondere ergibt sich daraus nicht, auf welcher Grundlage ein Anspruch der Beschwerdegegnerin auf den Bezug personeller und finanzieller Ressourcen der Zindel + Co. AG Maienfeld beruht. Die Bedeutung der „Zindel United“ für die Beschwerdegegnerin ist unklar. Zumal die „Zindel United“ weder in einem schweizerischen Handelsregister noch im Handelsregister des Fürstentums Liechtenstein verzeichnet ist, dürfte es sich bei ihr wohl nicht um ein Gebilde mit Rechtspersönlichkeit handeln, welches als solches ins Recht gefasst werden könnte. Allein daraus, dass auf ihrer Website (vgl. [www.zindel-united.ch](http://www.zindel-united.ch)) verschiedene Unternehmen, darunter die Beschwerdegegnerin und die Zindel + C. AG Maienfeld, gemeinsam auftreten, kann noch nicht auf eine gegenseitige konzernrechtliche Verpflichtung geschlossen werden. Die Vorinstanz erwähnt sodann im Zusammenhang mit einer möglichen Patronats- oder Garantieerklärung weder die Zindel + Co. AG Maienfeld noch die „Zindel Gruppe“, sondern die Brandis Finanz



Holding Maienfeld, die ihrerseits im Angebot der Beschwerdegegnerin nicht aufscheint. Schliesslich kann auch der von der Vorinstanz erwähnte, aber nicht belegte Umstand, dass in der Vergangenheit an die Beschwerdegegnerin vergebene Aufträge problemlos durch den Beizug der Zindel + Co. AG Maienfeld oder anderer Unternehmen der „Zindel United“ erledigt wurden, nicht ein Konzernrechtsverhältnis im Allgemeinen und einen gegenüber der Zindel + Co. AG Maienfeld rechtlich gestützt auf Treu und Glauben durchsetzbaren Anspruch auf die Bereitstellung personeller und finanzieller Ressourcen im Besonderen belegen.

**3.3.2.** Die Beschwerdegegnerin hat zusammen mit ihrem Angebot ein Zertifikat der Schweizerischen Vereinigung für Qualitäts- und Management-Systeme SQS vom 13. Dezember 2014 eingereicht, welches gegenüber der Zindel + Co. AG Maienfeld ausgestellt wurde und als zertifizierten Bereich das „ganze Unternehmen inkl. Thut AG...“ und weitere Firmen nennt. Daraus wird zwar für den Zeitpunkt der Ausstellung des Zertifikats ein unternehmerischer Zusammenhang zwischen der Zindel + Co. AG Maienfeld und der Beschwerdegegnerin aufgezeigt. Welcher rechtlicher Natur dieser Zusammenhang ist, ergibt sich daraus jedoch nicht. Insbesondere kann daraus nicht eine generelle gegenseitige Mitverpflichtung und Mithaftung aller genannten Gesellschaften bei der Einreichung von Angeboten und beim Abschluss von Verträgen abgeleitet werden. Für die Beurteilung von Angeboten eines der genannten Unternehmen ergibt sich daraus lediglich, dass dieses in seinem Tätigkeitsgebiet, soweit es Hochbau, Tiefbau, Rückbau, Grundbau oder Recycling umfasst, die normativen Grundlagen bezüglich Qualitäts- und Umweltmanagementsystem erfüllt (vgl. act. 6/8).

Bei den Angaben zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Eingabeformular Eignungsprüfung hat die Beschwerdegegnerin beim Personalbestand Zahlen für sich und die Zindel + Co. AG Maienfeld einerseits und für die ganze Gruppe „Zindel United“ andererseits bekannt gegeben. Welchem Unternehmen das für den Auftrag eingesetzte Personal zuzurechnen ist, wird aus dem Angebot nicht ersichtlich. Insbesondere ist unklar, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt über Personal verfügt, welches in der Lage ist, die offerierten Arbeiten auszuführen. Vergleichbares gilt für die Angaben der Beschwerdegegnerin zur finanziellen Leistungsfähigkeit. Auf welche Unternehmen sich die Höhe des Eigenkapitals von CHF 116'000 beziehungsweise CHF 9'053'000 bezieht,



wird nicht klar. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit anderer als der das Angebot einreichenden Unternehmen setzt voraus, dass sich die Unternehmen mit der Einreichung des Angebots rechtlich ebenfalls verpflichtet haben. Dafür reicht aber noch nicht aus, dass bei der Darstellung dieser Leistungsfähigkeit neben der Anbieterin weitere – im Fall der Beschwerdegegnerin mit dem nicht auf konkrete Unternehmen bezogenen Hinweis auf die „Ganze Gruppe Zindel United“ – Unternehmen einbezogen werden. Vielmehr wäre dafür eine ausdrückliche Einbindung als Konsortialpartnerin, Subunternehmerin oder Lieferantin erforderlich. Ebenso wenig kann aus dem Umstand, dass sich die Beschwerdegegnerin auf Referenzen der Zindel + Co. AG Maienfeld stützt, abgeleitet werden, letztere sei mit dem Angebot ebenfalls verpflichtet. Vielmehr setzt umgekehrt die Berücksichtigung solcher Referenzangaben voraus, dass die Konzerngesellschaft sich mitverpflichtet hat. Dem das Kriterium selbst nicht erfüllenden Bieter verbietet sich ein Abstellen auf Subunternehmer oder andere Dritte, und seien es Konzerngesellschaften, solange diese keine umfassende Patronatserklärung mit Verbindlichkeit direkt zugunsten des Auftraggebers abgeben, was zu einer Bietergemeinschaft führt (vgl. M. Beyeler, Einbezug der Muttergesellschaft, in: BR 2015 S. 21 ff., S. 22 f.).

**3.3.3.** Die Vorinstanz geht davon aus, die Brandis Finanz Holding Maienfeld werde ihr gegenüber nachträglich eine Patronats- beziehungsweise Konzernklärung zugunsten der Beschwerdegegnerin abgeben. Sodann geht der einzelzeichnungsberechtigte Präsident des Verwaltungsrats der Beschwerdegegnerin davon aus, die Unterzeichnung ihrer Vernehmlassung vom 10. Januar 2017 im Beschwerdeverfahren mit einer entsprechenden Erklärung führe zu einer Verpflichtung der Zindel + Co. AG Maienfeld, für die er ebenfalls einzelzeichnungsberechtigt ist. Nachgereichte Patronatserklärungen können nach der Rechtsprechung nur dann als Grundlage einer Zurechnung der fachlichen, wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten einer anderen Konzerngesellschaft dienen, wenn sich der Erklärungsinhalt und damit die Involvierung der Konzerngesellschaft mit hinreichender Klarheit bereits aus dem Angebot selbst ergeben hat, wenn die Erklärung also lediglich eine Bestätigung dessen ist, was im Angebot offenkundig zum Ausdruck gebracht wurde (vgl. BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4b). Die Brandis Finanz Holding AG wird erstmals im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht erwähnt. Weder aus dem Angebot noch



aus der vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 10. Januar 2017 geht hervor, in welchem Verhältnis sie zur Beschwerdegegnerin steht. Insbesondere wird nicht klar, weshalb sie rechtlich verbindlich erklären kann, die Beschwerdegegnerin habe Anspruch auf die Nutzung der personellen und wirtschaftlichen Ressourcen der Zindel + Co. AG Maienfeld. Die Erklärung könnte deshalb – wie auch jene des einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten der Zindel + Co. AG Maienfeld in der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 23. Januar 2017 – nicht bestätigen, was bereits im Angebot offenkundig zum Ausdruck gebracht wurde.

4. Zu prüfen bleibt, wie sich der Umstand, dass einzig auf die Leistungsfähigkeit und die Referenzen der Beschwerdegegnerin abzustellen ist, auf die Bewertung ihres Angebots auswirkt. Das Angebot der Beschwerdegegnerin erzielte in der Bewertung durch die Vorinstanz 9,9 von 10 gewichteten Punkten, nämlich Preis 7 (Note 10 x 70%), Referenzen 1 (Note 10 x 10%), Leistungsfähigkeit 1 (Note 10 x 10%), Bauleiter 0,5 (Note 10 x 5%) und Qualität der Offertunterlagen 0,4 (Note 8 x 5%), jenes der Beschwerdeführerinnen 9,7 von 10 gewichteten Punkten, nämlich Preis 6,8 (Note 9,77 x 70%), Referenzen 1 (Note 10 x 10%), Leistungsfähigkeit 1 (Note 10 x 10%), Bauleiter 0,5 (Note 10 x 5%) und Qualität der Offertunterlagen 0,4 (Note 8 x 5%). Das Angebot der Beschwerdegegnerin fällt mithin hinter jenes der Beschwerdeführerinnen zurück, wenn es bei den Zuschlagskriterien „Referenzen“ und „Leistungsfähigkeit“ mit Noten unter 9 zu bewerten ist.

Mangels konkreter Angaben dazu, ob die für den Auftrag eingesetzten Personen Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin sind, kann ihre Leistungsfähigkeit nicht zuverlässig eingeschätzt werden. Sämtliche Referenzen sind gemäss Angaben im Angebot nicht der Beschwerdegegnerin, sondern der Zindel + Co. AG Maienfeld zuzurechnen. Bei der Bewertung der Angebote kommt der Vorinstanz zwar ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. BGer 2C\_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4 mit Hinweis auf BGE 125 II 86 E. 6). Indessen ist offensichtlich, dass angesichts der unklaren Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin selbst und der nicht ihr zuzurechnenden Referenzen eine Reduktion der Benotung bei diesen beiden Zuschlagskriterien um lediglich je eine Note eine missbräuchliche Handhabung des Ermessens darstellen würde.



Damit ergibt sich, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin bei einer vergaberechtskonformen Bewertung bei den Zuschlagskriterien „Referenzen“ und „Leistungsfähigkeit“ je weniger als 0,9 gewichtete Punkte erzielt. Hinzu kommt, dass der für den Auftrag eingesetzte Bauleiter und sein Stellvertreter nicht namentlich genannt werden. Zu den Referenzobjekten wird in zwei Fällen Silvan Lippuner und in einem Fall Leo Kalberer als Bauleiter genannt. Leo Kalberer unterzeichnete für die Thut AG die Offerte. Auch wenn er – anders als Silvan Lippuner – für die Beschwerdegegnerin gemäss Handelsregister zeichnungsberechtigt ist, kann daraus nicht geschlossen werden, dass er bei der Erfüllung der ausgeschriebenen Arbeiten die Funktion des Bauleiters übernehmen wird. Für die Bewertung des Angebots nach dem Zuschlagskriterium „Bauleiter“ kann deshalb ebenfalls nicht von der Maximalnote ausgegangen werden. Damit erweist sich das Angebot der Beschwerdeführerinnen als das wirtschaftlich günstigere.

**5.** Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde dementsprechend als begründet. Die angefochtene Zuschlagsverfügung der Vorinstanz ist aufzuheben. Gemäss der verwaltungsgerichtlichen Praxis (vgl. VerwGE B 2014/248 vom 28. Juli 2015, B 2014/21 vom 14. Mai 2014, B 2013/46 vom 22. Mai 2013; vgl. auch Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, a.a.O., Rz. 451) kann angesichts des klaren Sachverhalts und der klaren Rechtslage der Zuschlag entsprechend ihrem Antrag unmittelbar den Beschwerdeführerinnen erteilt werden. Die Angelegenheit ist zum Vertragsschluss an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**6.** Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1, Art. 96bis VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 2'800 – darin eingeschlossen die Kosten der Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2016 – erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 und 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Den Beschwerdeführerinnen ist der Kostenvorschuss von CHF 2'800 zurückzuerstatten.

Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben die Beschwerdeführerinnen für das Beschwerdeverfahren ermessensweise ausseramtlich je zur Hälfte und unter



solidarischer Haftbarkeit mit CHF 3'000 (zuzüglich vier Prozent pauschale Barauslagen) zu entschädigen (Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b und 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Die Beschwerdeführerinnen sind selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen können. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012, [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 gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 22. November 2016 aufgehoben.
2. Der Zuschlag für die Abbruch- und Baumeisterarbeiten beim Umbau und der Sanierung des Primarschulgebäudes an der Bahnhofstrasse 22 wird den Beschwerdeführerinnen erteilt und die Angelegenheit zum Vertragsschluss an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'800 – darin enthalten die Kosten der Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2017 – bezahlen die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit. Den Beschwerdeführerinnen wird der Kostenvorschuss von CHF 2'800 zurückerstattet.
4. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin entschädigen die Beschwerdeführerinnen für das Haupt- und das Zwischenverfahren je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit mit insgesamt CHF 3'000 zuzüglich CHF 120 Barauslagen ohne Mehrwertsteuer.

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

# Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Eugster

Scherrer