



Fall-Nr.: B 2016/85
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.02.2020
Entscheiddatum: 02.05.2016

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 02.05.2016

Beschaffungsrecht, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Preisspanne, Bewertung. Die ursprüngliche Zuschlagsverfügung war aufgehoben und die Angelegenheit zur Festlegung einer vergaberechtskonformen Preiskurve und zur Ausübung des Ermessens bei der Bewertung der Kurslokale an die Vorinstanz zurückgewiesen worden. Der neu angewendeten linearen Preiskurve liegt die Preisspanne zugrunde, die auf den konkret offerierten Preisen beruht. Diese Preisspanne erscheint realistisch, zumal weder ungewöhnlich tiefe noch ungewöhnlich hohe Angebote vorliegen. Die Abzüge für die Lage des Kurslokals der Zuschlagsempfängerin erscheinen im Vergleich mit der Bewertung des Lokals der Beschwerdeführerin als eher gering. Die Vorinstanz hat aber ihr Ermessen nicht missbraucht. Die Vorinstanz war schliesslich nicht verpflichtet, bei der zweiten Bewertung die von der Beschwerdeführerin zusätzlich eingereichten Unterlagen zur Kursleitung zu berücksichtigen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2016/85).

Verfügung vom 2. Mai 2016

Verfahrensbeteiligte

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

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

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,



St.Galler Gerichte

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

und

NewPlacement GmbH, Flurstrasse 50, 8048 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Bewerbungscoaching für erwerbslose Personen (Zusatzausschreibung St. Gallen) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Die First Contact (Training) GmbH (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Amt für Wirtschaft und Arbeit (Vorinstanz und Gesuchsgegner) am 8. April 2016 verfügten Zuschlag für die Durchführung zusätzlicher Kurse „Bewerbungscoaching für erwerbslose Personen“ in St. Gallen zum Preis von CHF 785'410.30 an die NewPlacement GmbH (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 20. April 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. April 2016 vorläufig den Abschluss des Vertrags.

Mit Vernehmlassung vom 26. April 2016 beantragte die Vorinstanz, der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Auf die Ausführungen der Gesuchstellerin und des Gesuchsgegners sowie die von der Vorinstanz eingereichten Vergabeakten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:

1. Der Entscheid über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) in die Zuständigkeit des Präsidenten des Verwaltungsgerichts.



2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 IVöB kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint (dazu nachfolgend Erwägung 2.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (dazu nachfolgend Erwägung 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, der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende überwiegende öffentliche oder private Interessen seien keine ersichtlich. Der Vertragsbeginn sei vom 1. Januar 2016 auf 1. Juli 2016 verschoben worden. Eine die aufschiebende Wirkung ausschliessende Dringlichkeit wäre zudem von der Vorinstanz verschuldet. In der Darstellung des Sachverhalts weist sie darauf hin, die Vorinstanz habe sich nach dem Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts vom 22. Januar 2016 (B 2015/270) und dem Eingang der angeblich fehlenden Angaben im Lebenslauf der Kursleiter für die neue Bewertung der Angebote über zwei Monate Zeit gelassen. Die Zusatzkurse würden bereits heute gestützt auf freihändige Vergaben durch zwei andere Anbieter – unter anderem die Zuschlagsempfängerin – durchgeführt. Die Zuschlagsempfängerin habe gar einen zeitlichen Vorsprung, da sie bereits heute Kurse für Bewerbungscoaching für die Vorinstanz durchführe und ihre Vorbereitungszeit für die Zusatzkurse entsprechend kürzer sei. Der Gesuchsgegner bringt dagegen vor, wegen des Beschwerdeverfahrens gegen die erste Zuschlagsverfügung vom 28. September 2015 habe der Kursbeginn vom Januar 2016 auf Juli 2016 verschoben werden müssen. Werde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt, sei ein Kursbeginn vor Januar 2017 nicht mehr realistisch. Die Kapazitäten der laufenden Kurse seien ausgeschöpft. Ohne Bewerbungscoaching möglichst kurz nach Stellenverlust verlängere sich die Arbeitslosigkeit der Betroffenen, was eine erhebliche Mehrbelastung des Fonds der Arbeitslosenversicherung nach sich ziehe und auch dem Kanton Mehrkosten beschere.

Wie bereits im Beschwerdeverfahren B 2015/270 äussert sich der Gesuchsgegner nicht zur Behauptung der Gesuchstellerin, die Zusatzkurse würden auf der Grundlage einer freihändigen Vergabe bereits heute durchgeführt. Da diese Behauptung



unwiderrprochen blieb, ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner die erforderlichen Zusatzkurse bereits heute anbietet. Darauf deutet im Übrigen auch der Umstand hin, dass die Zahl der vergebenen Kurse reduziert wurde, obwohl die Zahl der Arbeitslosen, an welche sich die Kurse richten, im Wesentlichen unabhängig vom Zeitpunkt des Beginns der Zusatzkurse sein dürfte. Würden während der Dauer der hängigen Beschwerdeverfahren keine Zusatzkurse angeboten, wäre zu erwarten, dass die Zahl der vergebenen Kurse nicht oder jedenfalls nicht proportional zum späteren Beginn der Kurse reduziert werden könnte. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass das öffentliche Interesse am umgehenden Vertragsabschluss nicht besonders schwer wiegt.

2.2. Nach der Rückweisung der Angelegenheit durch den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 22. Januar 2016 mit der Anweisung, eine vergaberechtskonforme Preiskurve festzulegen und bei der Bewertung der Lage des Kurslokals das Ermessen auszuüben, erzielte das Angebot der Gesuchstellerin 111,417 und das Angebot der Zuschlagsempfängerin 114 von maximal möglichen 120 Punkten. Der Rückstand der Gesuchstellerin auf die Zuschlagsempfängerin beträgt damit 2,583 Punkte. Die Gesuchstellerin beanstandet die Bewertung der Angebote nach den Zuschlagskriterien „Preis“ (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1), „Anbieter und Infrastruktur“ (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2) und „Kursleitung“ (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.3).

2.2.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, bei standardisierten Leistungen wie der vorliegenden sei bei hoher Gewichtung des Preises eine steile Kurve zu verwenden. Bei einer Gewichtung des Preises mit 25 Prozent und einer Preisspanne von 66,3 Prozent, die zu einer mehr als dreifachen Verwässerung der Preisunterschiede führe, wirke sich der Preis bei der Bewertung zu wenig aus. In der Ausschreibung sei eine relativ steile Preiskurve vorgesehen gewesen (Durchschnittspreis +/- 12,5 Prozent). Bei einer Preisspanne von 25 Prozent – ausgehend vom billigsten Angebot – würde die Gesuchstellerin 25,55 und die Zuschlagsempfängerin 15,58 von 30 Punkten erzielen. Dass – nach der Rückweisung – die Preisspanne auf das Zweieinhalbfache ausgeweitet worden sei, führe dazu, dass das Angebot der Beschwerdeführerin vom (klaren) ersten Platz auf den knappen zweiten Platz falle und gezielt und willkürlich benachteiligt werden sollte.



Der Gesuchsgegner hält dem entgegen, für den Lernerfolg seien Kurslokal, Infrastruktur, die sich in der Qualität oft deutlich unterschieden, und Qualifikation und Erfahrung der Kursleitung von erheblicher Bedeutung. Weil die Personalkosten die Gestehungskosten der Kursanbieter weitgehend bestimmten, sei die Versuchung gross, unerfahrenes oder unzureichend ausgebildetes Personal einzusetzen oder das Beschäftigungsrisiko auf die Arbeitnehmenden zu überwälzen, um günstiger offerieren zu können. Deshalb müsse bei der Beurteilung ein besonderes Augenmerk auf die Kursleitung gerichtet werden.

Der Gesuchsgegner hat die Gewichtung des Preises in der rechtskräftig gewordenen Ausschreibung bekannt gegeben. Darauf ist deshalb im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung nicht mehr zurückzukommen (vgl. VerwGE B 2015/78 vom 17. Dezember 2015 E. 2). Jedes Preisbewertungssystem muss dafür sorgen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums bei der konkreten Benotung auch tatsächlich zum Tragen kommt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt. Die Abstufung in der Benotung teurerer Angebote darf also nicht so gewählt werden, dass sich die Preisunterschiede nicht oder nur wenig auswirken würden, weil damit das Preiskriterium praktisch selbst dann umgangen würde, wenn ihm bei der Gesamtgewichtung der Kriterien ein hohes Gewicht zugemessen wurde (vgl. beispielsweise Präsidialverfügung B 2014/210 vom 27. Oktober 2014 E. 2.2.2, Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 896 und 898).

Die Vorinstanz ist bei der Bewertung der Angebote nach dem Preiskriterium von einer Preisspanne entsprechend den tatsächlich eingereichten Angeboten und einem linearen Verlauf (gerundet auf eine Dezimalstelle nach dem Komma) der Preiskurve zwischen dem Maximum von drei Punkten für das billigste – CHF 467'448 – und dem Minimum von null Punkten für das teuerste – CHF 777'360 – Angebot ausgegangen (vgl. act. 6, Register 9). Dass sie dabei nicht mehr die vom Verwaltungsgericht im Entscheid B 2015/78 vom 17. Dezember 2015 beanstandete Preiskurve und Preisspanne angewendet hat, ist selbstverständlich nicht zu beanstanden und verletzt das Transparenzgebot nicht, sondern ist im Gegenteil Ausfluss der Bindung der Vorinstanz an den Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts. Die Preise der



bewerteten Angebote – nach Ausschluss des teuersten Angebotes von CHF 990'400 wegen Unvollständigkeit – erscheinen insgesamt weder ungewöhnlich tief noch ungewöhnlich hoch. Das teuerste Angebot stammt von einem Unternehmen, welches in der Erwachsenenbildung versiert ist, so dass nicht davon auszugehen ist, der Preis sei unrealistisch hoch. Zudem macht die Gesuchstellerin selbst nicht geltend, die teuersten Angebote bewegten sich in einem unrealistischen Bereich und dienten einzig dazu, eine flache Preiskurve zu bewirken. Zumindest bei der gebotenen summarischen Überprüfung erscheint die Preisspanne, die auf den tatsächlich eingereichten Angeboten beruht, nicht als unrealistisch und auch nicht als vergaberechtswidrig (vgl. GVP 2014 Nr. 23 E. 3.2.2.1.).

2.2.2. Die Gesuchstellerin erachtet die Bewertung des Kurslokals der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich Erreichbarkeit mit den öffentlichen Verkehrsmitteln und zu Fuss als missbräuchlich. Gleiches macht sie für die Bewertung hinsichtlich der Verpflegungsmöglichkeiten im Umfeld des Kursstandortes geltend. Bei den genannten Kriterien wurde das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit dreieinhalb von viereinhalb – dreimal eineinhalb – möglichen Punkten bewertet. Der Gesuchsgegner zog von der bei der Erreichbarkeit durch den öffentlichen Verkehr und bei den Verpflegungsmöglichkeiten jeweils maximal möglichen Punktzahl von eineinhalb Punkten je einen halben Punkt ab. Das Angebot der Gesuchstellerin erhielt die maximale Punktzahl. Auch wenn die Abzüge mit Blick auf die Kursstandorte – jener der Gesuchstellerin liegt in der Nähe des Hauptbahnhofes St. Gallen, jener der Zuschlagsempfängerin beim Bahnhof St. Gallen-Haggen – bei der Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin als eher gering erscheinen, hat der Gesuchsgegner damit das ihm zustehende Ermessen jedenfalls nicht missbräuchlich gehandhabt. Da die Unangemessenheit des Vergabeentscheidendes vor Verwaltungsgericht nicht gerügt werden kann (Art. 16 Abs. 2 IVöB und Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP), hat es damit sein Bewenden. Es kommt hinzu, dass selbst bei Bewertung der drei von der Gesuchstellerin beanstandeten Subkriterien "Erreichbarkeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln", "Erreichbarkeit zu Fuss/Bus" und "Verpflegungsmöglichkeiten" das Angebot der Zuschlagsempfängerin nur mit je einem halben Punkt und damit um je einen Punkt tiefer als das Angebot der Gesuchstellerin, dieses immer noch mehr Punkte auf sich vereinigt hätte als dasjenige der Gesuchstellerin, nämlich 112 Punkte gegenüber 111.417 Punkten.



2.2.3. Die Gesuchstellerin beanstandet den Abzug von drei Punkten bei der Bewertung ihrer Kursleitung. Diese Rüge hat die Gesuchstellerin bereits in ihrer Beschwerde gegen die erste Zuschlagsverfügung vom 28. September 2015 erhoben. Im Beschwerdeentscheid vom 22. Januar 2016 hat das Verwaltungsgericht dazu festgehalten, die Begründung des Abzugs sei 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 des Gesuchsgegners vom 11. November 2015 (Ziff. 5.1 und 5.2) nachvollziehbar und liege im Ermessensbereich der Vorinstanz.

Die Gesuchstellerin hat unter Berufung auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung fehlende Unterlagen nachgereicht und den Lebenslauf eines Kursleiters ergänzt. Indem diese Angaben in der Neubewertung ignoriert worden seien, sei das Gebot eines fairen Verfahrens und der Gleichbehandlung verletzt worden. Der Gesuchsgegner bringt dagegen vor, die neuerlichen Rügen betreffend Bewertung der Kursleitung seien nicht zu hören. Die Argumentation der Gesuchstellerin erscheint widersprüchlich, wenn sie einerseits geltend macht, der Lebenslauf des Kursleiters sei immer vollständig gewesen, und andererseits beanstandet, die nachgereichten Angaben seien zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Das Angebot der Gesuchstellerin erschien hinsichtlich Qualifikation und Erfahrung der Kursleitung nicht als unvollständig, so dass der Gesuchsgegner nicht verpflichtet war, der Gesuchstellerin die Möglichkeit zu geben, ihr Angebot zu ergänzen. Aus den Akten der Vergabe ist eine entsprechende Aufforderung durch den Gesuchsgegner auch nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen steht jedenfalls bei der gebotenen summarischen Überprüfung eine erneute Beurteilung der Ermessenshandhabung durch den Gesuchsgegner bei der Bewertung der Qualifikation und Erfahrung der Kursleitung beim Angebot der Gesuchstellerin nicht in Frage.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde trotz der nicht sehr gewichtigen, der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen.

4. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin sind einzuladen, bis 20. Mai 2016 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.



5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidungsgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Vorinstanz ist mangels Anspruchs und Antrags keine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP). Die Beschwerdegegnerin hat sich am Zwischenverfahren nicht beteiligt.

Der Präsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis **20. Mai 2016** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung); nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
- 3.** Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'500.
- 4.** Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

Der Präsident

Eugster