



Fall-Nr.: B 2017/138
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 20.07.2017
Entscheiddatum: 20.07.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 20.07.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.Vergabe Bauprojekt Umgestaltung Bahnhof- und Poststrasse (Ingenieursleistungen). Weil die Ausschreibung als anfechtbare Verfügung gilt, kann in einem Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag nicht mehr beanstandet werden, was mit einem Rechtsmittel gegen die Ausschreibung gerügt hätte werden müssen. Das preislich günstigste Angebot muss nicht zwingend das wirtschaftlich günstigste Angebot sein, da bei letzterem auch andere Kriterien als der Preis berücksichtigt werden. Die Beschwerde erscheint nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/138).

Verfahrensbeteiligte

ARGE FHP Bauingenieure AG / CHRISTEN architekturbüro,

c/o FHP Bauingenieure AG, Sägenstrasse 4, 7000 Chur,

bestehend aus:

- **FHP Bauingenieure AG**, Sägenstrasse 4, 7000 Chur,
- **CHRISTEN architekturbüro**, Oberalpstrasse 35, 7000 Chur,

Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen,

gegen



St.Galler Gerichte

Politische Gemeinde Wattwil, vertreten durch den Gemeinderat, 9630 Wattwil,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

und

Brühwiler AG Bauingenieure und Planer, Zweigniederlassung Gossau,
Ilgenstrasse 7, 9200 Gossau SG,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Vergabe Bauprojekt Umgestaltung Bahnhof- und Poststrasse
(Ingenieurleistungen)**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

A. Die aus der FHP Bauingenieure AG und dem CHRISTEN architekturbüro (Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen) bestehende Arbeitsgemeinschaft FHP Bauingenieure AG/ CHRISTEN architekturbüro hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Wattwil (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 20. Juni 2017 verfügten Zuschlag der Ingenieursleistungen beim Bauprojekt „Umgestaltung Bahnhof- und Poststrasse“ an die Brühwiler AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe vom 7. Juli 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und u. a. ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 11. Juli 2017 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Mit Eingabe vom 12. Juli 2017 reichte die FHP Bauingenieure AG noch eine rechtsgenügend unterzeichnete Eingabe nach. Während dem sich die Beschwerdegegnerin innert Frist zum Verfahrens Antrag nicht vernehmen liess,



beantragte die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 14. Juli 2017 (Posteingang: 17. Juli 2017), es sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen. Ferner reichte sie dem Gericht die Vergabeakten ein.

Der Abteilungspräsident erwägt:

- 1.** Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über die aufschiebende Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 VRP).
- 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).
- 3.** Die Beschwerdeführerin begründet ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Wesentlichen mit der Überlegung, dass ihr Angebot preislich um rund 40% günstiger ausgefallen sei, als das Angebot der berücksichtigten Anbieterin. In der Vergabe an sie als günstigste Anbieterin sei - abgesehen von ihrem eigenen, privaten Interesse - ein gewichtiges öffentliches Interesse zu erblicken. Die Vorinstanz hält dieser Überlegung entgegen, dass das gewählte (selektive) Verfahren die Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebotes zum Ziel gehabt habe. Dieses wiederum müsse nicht zwingend dem billigsten Angebot entsprechen. Beiden Argumentationen ist gemeinsam, dass mit ihnen sinngemäss das öffentliche Interesse an der korrekten



Einhaltung des Beschaffungsrechts und der diesem zugrunde liegenden Vergabegrundsätze geltend gemacht wird. Dieses wiederum ist dem öffentlichen Interesse an einem umgehenden Vertragsabschluss gegenüberzustellen. Letzteres erscheint im Rahmen einer Gesamtbetrachtung - auch unter Berücksichtigung des in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Terminplans (Ziel: Bauphase Januar - November 2019) - nicht als derart gewichtig, als es für sich allein betrachtet bereits die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu verhindern vermöchte. Letztlich kann dies offen bleiben, wenn die Beschwerde offensichtlich als nicht ausreichend begründet erscheint. Dies ist nachstehend zu prüfen.

4. Gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB bezweckt die Vereinbarung die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren. Gemäss Art. 19 Abs. 1 Ingress und lit. f VöB muss die Ausschreibung die Zuschlagskriterien enthalten, wenn keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben werden. Werden Ausschreibungsunterlagen abgegeben, enthalten sie gemäss Art. 20 Ingress und lit. h VöB die Zuschlagskriterien. Das Transparenzgebot verlangt keine vorgängige Bekanntgabe von Teilaspekten oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Zuschlagskriterien dienen (vgl. BGer 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4 mit Hinweisen). Inwieweit Art. 34 Abs. 3 VöB, wonach allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung bekannt zu geben sind, strengere Voraussetzungen schafft (vgl. VerwGE B 2015/114 vom 28. Juni 2016 E. 3.1, B 2014/248 vom 28. Juli 2015 E. 3.1, B 2011/191 vom 14. Februar 2012 E. 2.3, www.gerichte.sg.ch), kann offen bleiben. Vorliegend waren den Bewerbern bereits in den im Präqualifikationsverfahren abgegebenen Ausschreibungsunterlagen vom 14. März 2017 (Ziffer 4.6.1 Kriterien und Gewichtung) sowohl die Reihenfolge der Zuschlagskriterien, als auch deren Gewichtung bekannt gegeben worden, nämlich „Qualifikation“ (50 Prozent) und „Preis“ (50 Prozent). In den Ziffern 4.6.2 wurden weitere Hinweise zu den Zuschlagskriterien gemacht, so bei der Qualifikation bezüglich „Auftragsverständnis“; „Projektlauf“ und „Team“. In Ziffer 4.6.3 wurden Ergänzungen zum Zuschlagskriterium „Preis“ gemacht, so bezüglich „Aufwandberechnung“, „Honorarberechnung“ und „Offertöffnung“. Die Ausschreibung war mit der erforderlichen Rechtsmittelbelehrung versehen (Ziffer 5.2 Rechtsschutz). Da die Ausschreibung gemäss Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. a IVöB als anfechtbare Verfügung gilt, kann im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag regelmässig nicht mehr beanstandet werden, was mit einem Rechtsmittel gegen die Ausschreibung hätte



gerügt werden können. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben kann nämlich derjenige, welcher - wie vorliegend der Fall - vorbehaltlos die Ausschreibungsunterlagen akzeptiert und diese zur Grundlage seines Angebots gemacht hat, allfällige Mängel in der Ausschreibung nicht mehr rügen (vgl. VerwGE B 2003/230 vom 23. April 2004 E. 4b/bb, B 2011/22 vom 12. April 2011 E. 2.1, B 2015/75 vom 27. Oktober 2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch; BGer 2P.222/1999 vom 2. März 2000 E. 3a mit Hinweis auf BGE 125 I 203).

4.1. Sind die Beschwerdeführerinnen der Auffassung, die Reihenfolge der Zuschlagskriterien, bzw. die damit einhergehende Priorisierung, und die bekannt gegebene Gewichtung der beiden jeweils mit 50 Prozent gewichteten Zuschlagskriterien hätten „anders“ ausfallen müssen (bspw. höhere Gewichtung des Preises), so hätten sie dies mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vom 14. März 2017 verlangen müssen (vgl. dazu GVP 2015 Nr. 41 und VerwGE B 2015/75 vom 27. Oktober 2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch). Nachdem sie davon abgesehen hatten, erweist sich ihr erst in diesem Verfahren vorgebrachter Einwand daher als verspätet. Sie hätten aber bereits im Umstand, dass der „Preis“ in den Ausschreibungsunterlagen als zweites Zuschlagskriterium nach „Qualifikation“ genannt wurde, und insbesondere auch im Zusammenspiel mit den weiteren in den Ziffern 4.6.2 und 4.6.3 angeführten Hinweisen bereits damals unschwer erkennen können, dass bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dem Zuschlagskriterium „Qualifikation“ die grössere Bedeutung als dem „Preis“ zukommen werde. Es war mithin von Anfang an klar, dass nicht einfach das preislich günstigste, sondern das wirtschaftlich günstigste Angebot obsiegen werde.

4.2. Ihre Auffassung, dass dem Preis bezüglich Priorisierung bei der Bewertung Vorrang hätte zukommen und allenfalls dessen Gewichtung höher hätte vorgenommen werden müssen, hätten die Beschwerdeführerinnen dementsprechend ebenfalls mit in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vorbringen müssen. Diesbezüglich rechtfertigt es sich indes in Erinnerung zu rufen, dass sich das Verwaltungsgericht in solchen Fällen auf eine Rechtskontrolle beschränken würde, d.h. mit einer Beschwerde könnte die Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist entsprechend einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Nach der bundesgerichtlichen



Rechtsprechung kommt aber dem Offertpreis im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei komplexeren Werken oder Dienstleistungen weniger Gewicht zu als bei standardisierten Werken oder Dienstleistungen. Je aufwendiger eine ausgeschriebene Arbeit ist, desto mehr rücken neben dem Preis auch andere Kriterien wie bspw. die Qualifikation in den Vordergrund.

4.3. Als unzutreffend, weil aktenwidrig, erweist sich der Einwand, in den Ausschreibungsunterlagen seien keine Unterkriterien aufgeführt worden. Wie sich den allen vier im Verfahren betreffend Honorarsubmission eingeladenen Firmen abgegebenen Unterlagen (Stand 2. Mai 2017) unschwer entnehmen liess, wurden im Formular „Zuschlagskriterien/Qualifikation“ die bereits im Präqualifikationsverfahren angeführten Hinweise als gewichtete Unterkriterien aufgelistet, und zwar als „Auftragsverständnis und Referenzen“ (25 Prozent), „Projektlauf“ (15%) und „Team“ (10 Prozent). Die Gesuchstellerinnen haben das entsprechende Formular am 11. Mai 2017 handschriftlich unterzeichnet und entsprechend von den Unterkriterien und deren Gewichtung Kenntnis genommen. Diese Unterkriterien waren letztlich bereits in den Ausschreibungsunterlagen vom 14. März 2017 enthalten (dort Ziffern 4.6.2 und 4.6.3) und stellen lediglich Konkretisierungen des in Ziffer 4.6.1 angeführten (und gesamthaft gewichteten) Zuschlagskriteriums „Qualifikation“ dar. Der Einbezug der genannten Unterkriterien in die Benotung der eingegangenen Angebote lässt sich daher - jedenfalls bei der im Rahmen dieses Zwischenverfahrens gebotenen summarischen Prüfung - so oder anders nicht beanstanden.

4.4. Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, angesichts der mit einer Submission verfolgten Ziele sei es nicht einzusehen, weshalb bei gleicher Punktzahl und mithin gleichwertigen Angeboten das preislich teurere berücksichtigt werde. Ihnen ist insofern zuzustimmen, als der Preis vergaberechtlich eine (nicht aber die einzig) wichtige Rolle spielt. Vielmehr ist entscheidend, dass aus vergaberechtlicher Sicht das billigste Angebot nicht zwingend das wirtschaftlich günstigste sein muss. Art. 34 Abs. 1 VöB schreibt deshalb vor, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten soll. Das wirtschaftlich günstigste Angebot wiederum unterscheidet sich vom billigsten Angebot dadurch, dass auch andere Kriterien als der Preis berücksichtigt werden. Vorliegend hat das Angebot der Beschwerdeführerin beim



Zuschlagskriterium „Qualifikation“ in sämtlichen Unterkriterien tiefere Benotungen erhalten (Auftragsverständnis: 3,4 Punkte; Terminprogramm: 3,5 Punkte; Projektteam: 5 Punkte; Q: 3,75 Punkte) als jenes der Zuschlagsempfängerin (Auftragsverständnis: 5,9 Punkte; Terminprogramm: 5,5 Punkte; Projektteam: 5,5 Punkte; Q: 5,7 Punkte). Die Beschwerdeführerinnen bringen in ihrer Eingabe - abgesehen von pauschalen Vorhalten - nichts vor, was unter dem Aspekt der zumindest minimalen Begründungsdichte einer Eingabe die Benotung der einzelnen Unterkriterien beim Zuschlagskriterium „Qualifikation“ als rechtsfehlerhaft erscheinen lassen würde. Im Rahmen der in diesem Zwischenverfahren gebotenen summarischen Prüfung betrachtet, lässt sich die Bevorzugung des preislich höheren Angebotes der Beschwerdegegnerin trotz gleicher Punktezahl resp. Rangierung im ersten Rang des Angebotes der Beschwerdeführerinnen durchaus vertreten. Zwischen zwei gleichwertigen Angeboten kann die Vergabestelle nach pflichtgemäsem Ermessen wählen. Erforderlich ist aber, dass die Angebote genau gleichwertig sind (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 835 mit weiteren Hinweisen. Wenn die Vorinstanz, wie vorliegend, bei zwei gleich rangierten Angeboten dem i.S. „Qualifikation“ obsiegenden Angebot den Zuschlag gegeben hat, so lässt sich dies, nachdem die Reihenfolge der Zuschlagskriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen vom 14. März 2017 bekannt gegeben worden war, nicht beanstanden. Letzteres umso weniger, als das Angebot der Beschwerdeführerinnen unter dem Aspekt „Qualifikation“ - wie oben ausgeführt - eine erheblich tiefere Bewertung erhalten hat und mithin bereits daher nicht mehr als „genau gleichwertig“ bezeichnet werden kann.

5. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde trotz der nicht sehr gewichtigen öffentlichen Interessen am umgehenden Vertragsschluss nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

6. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, **bis 11. August 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Die Gerichtsferien gelten nicht (Art. 15 Abs. 4 IVöB). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.



7. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 95 Abs.1 VRP). Eine Entscheidungsgebühr von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000 zu verrechnen. CHF 3'500 verbleiben bei der Hauptsache. Für das Zwischenverfahren sind mangels Anspruchs der Vorinstanz und Antrags der Beschwerdegegnerin einerseits sowie zufolge Unterliegens der Beschwerdeführerin andererseits keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, **bis 11. August 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung. Es gelten keine Gerichtsferien. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerinnen bezahlen die Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'500 unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000. CHF 3'500 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Zürn