



Fall-Nr.: B 2017/86
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.05.2018
Entscheiddatum: 11.05.2018

Entscheid Verwaltungsgericht, 11.05.2018

Öffentliches Beschaffungswesen. Erreicht das Angebot den letzten Platz und soll der Auftrag antragsgemäss an den nächsten Anbieter vergeben werden, wird kein eigenes schutzwürdiges Interesse verfolgt, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (Verwaltungsgericht, B 2017/86).

Besetzung

Präsident Eugster; Vizepräsident Zürn, Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner und Zogg; Gerichtsschreiberin Blanc Gähwiler

Verfahrensbeteiligte

Hch. Vetsch AG, Gässli 2, 9472 Grabs,

Beschwerdeführerin,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Hochbauamt, Lämmli brunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

und



Etter Fenstertechnik GmbH & Co KG, Tübinger Strasse 48, DE-72348 Rosenfeld-Leidringen, Zustelladresse: Handelskammer Deutschland-Schweiz, Tödistrasse 60, 8002 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Teilabbruch und Ersatzneubau Landwirtschaftliches Zentrum Salez (BKP 221.1 Fenster aus Holz)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Das Baudepartement des Kantons St. Gallen, vertreten durch das Hochbauamt, schrieb am 12. September 2016 unter anderem die Beschaffung von Fenstern aus Holz/Metall (BKP 2211) beim Teilabbruch und Ersatzneubau des Landwirtschaftlichen Zentrums Salez im offenen Verfahren aus (ABI 2016, S. 2566 ff.). In den Ausschreibungsunterlagen wurden als Zuschlagskriterien in absteigender Reihenfolge die Qualität, die Referenzen, der Preis und die Sicherstellung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung (Lehrlingsausbildung) genannt.

Innert der bis 26. Oktober 2016 angesetzten Frist reichten fünf Anbieter – darunter die Hch. Vetsch AG und die Etter Fenstertechnik GmbH & Co. KG – je eine Offerte ein. Nachdem am 27. Oktober 2016 die Offerten geöffnet, weitere Abklärungen eingeholt und am 3. Februar 2017 die offerierten Preise unter anderem der Hch. Vetsch AG von CHF 1'315'986.60 auf CHF 1'344'201.60 und der Etter Fenstertechnik GmbH & Co. KG von CHF 741'465.36 auf CHF 742'839.10 bereinigt worden waren, erstellte das Hochbauamt am 22. März 2017 den Zusammenzug der Nutzwertanalysen. Die Regierung entschied am 11. April 2017 über den Zuschlag und ermächtigte das



St.Galler Gerichte

Hochbauamt, die Verfügung zu eröffnen. Am 24. April 2017 erteilte Letzteres den Zuschlag zum Preis von CHF 742'839.10 (inklusive Mehrwertsteuer) der Etter Fenstertechnik GmbH & Co. KG, deren Angebot mit 290 Punkten bewertet worden war. Das Angebot der Hch. Vetsch AG hatte 226 Punkte und damit den fünften Rang erzielt.

B. Die Hch. Vetsch AG (B 2017/86; Beschwerdeführerin) erhob gemeinsam mit den übrigen nicht berücksichtigten Anbieterinnen (B 2017/87-89) mit gemeinsamer Eingabe vom 3. Mai 2017 (Datum des Poststempels) gegen die am 24. April 2017 versandte Zuschlagsverfügung desselben Datums des Baudepartements (Vorinstanz) Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragten, der Vergabeentscheid sei unter Gewährung der aufschiebenden Wirkung aufzuheben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 4. Mai 2017 wurde der Vorinstanz der Abschluss des Vertrags vorläufig untersagt. Mit Vernehmlassung vom 11. Mai 2017 beantragte die Vorinstanz die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung; die Etter Fenstertechnik GmbH & Co. KG (Beschwerdebeteiligte) verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Am 18. Mai 2017 wies der Präsident des Verwaltungsgerichts das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Die amtlichen Kosten der Verfügung von CHF 2'000 wurden den Gesuchstellerinnen je zu einem Viertel auferlegt. Die Vorinstanz schloss am 24. Mai 2017 den Vertrag mit der Etter Fenstertechnik GmbH & Co. KG ab. Am 7. Juni 2017 wurden die Beschwerden in den Verfahren B 2017/88 und B 2017/89 wegen Nichtleistens des Kostenvorschusses abgeschrieben.

Mit Eingabe vom 12. Juni 2017 hielt die Vorinstanz am in der Vernehmlassung vom 11. Mai 2017 gestellten Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, fest. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Am 29. Juni 2017 nahm die Beschwerdeführerin zur vorinstanzlichen Vernehmlassung Stellung. Weitere Eingaben datieren vom 21. August 2017 (Vorinstanz) und 8. Dezember 2017 (Beschwerdeführerin). 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 Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Da der Zuschlag auf einem Beschluss der Regierung beruht, beurteilt das Verwaltungsgericht die Angelegenheit in Fünferbesetzung (Art. 18 Abs. 3 Ingress lit. b Ingress und Ziff. 2 des Gerichtsgesetzes; sGS 941.1).

Als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Bewerberin ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Dass der Vertrag mit der Beschwerdegegnerin mittlerweile abgeschlossen ist, schliesst die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin nicht aus, da ihr der Anspruch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Zuschlags verbleibt, sollte sich ihre Beschwerde als begründet erweisen. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt als im Begehren um Aufhebung des Zuschlages sinngemäss mitenthalten (vgl. Art. 18 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB; BGE 132 I 86 E. 3.2). Die Beschwerdebefugnis setzt jedoch zudem ein eigenes schutzwürdiges Interesse voraus; insbesondere reicht es nicht aus, sich in allgemeiner Weise auf die richtige Handhabung der Regeln des Beschaffungsrechts zu berufen und lediglich die Aufhebung des – behaupteterweise – rechtswidrigen Zuschlags anzustreben. Unerlässlich ist weiter, dass die beschwerdeführende, im Submissionsverfahren erfolglose Partei eine reelle Chance gehabt hätte, im Fall der Gutheissung der Beschwerde den Zuschlag zu erhalten. Andernfalls kann die behauptete Rechtswidrigkeit des Entscheids nicht kausal für den möglicherweise eingetretenen Schaden gewesen sein (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6; BGer 2C_720/2012 vom 1. Februar 2013 E. 2.2).

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin beantragte in der Beschwerde vom 3. Mai 2017 gemeinsam mit den drei ebenfalls nicht berücksichtigten Bewerberinnen die Aufhebung des Vergabeentscheids vom 24. April 2017 und die Rückweisung an die Vorinstanz (vgl. act. 1). In den Eingaben vom 29. Juni 2017 und 8. Dezember 2017 formulierte sie



ihren Antrag dahingehend neu, dass der Beschwerdegegnerin der Auftrag zu entziehen und dem nächsten Anbieter gemäss Nutzwertanalyse zu geben sei (vgl. act. 15, 22). Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde als das wirtschaftlich ungünstigste beurteilt. Mit ihrem Begehren, den Auftrag dem nächsten Anbieter gemäss Nutzwertanalyse zu vergeben, verfolgt sie folglich kein eigenes schutzwürdiges Interesse, sodass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

2.2. Das Angebot der Beschwerdeführerin erzielte mit 226 Punkten 64 Punkte weniger als jenes der Beschwerdegegnerin mit 290 Punkten und erreichte damit den fünften (und letzten) Rang. Bei einem Ausschluss der Beschwerdegegnerin hätte die Beschwerdeführerin – falls der Vertrag noch nicht abgeschlossen worden wäre – daher keine reelle Chance gehabt, im Falle der Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten. Die Vorinstanz bewertete sämtliche Angebote bezüglich der Zuschlagskriterien „Qualität“ und „Referenzen“ mit der Maximalnote und legte dar, weshalb auch das von der Beschwerdegegnerin offerierte System die Qualitätsvorgaben umfassend einhält. Sie erläutert sodann die Bewertung der von der zweit- und drittplatzierten Bewerberinnen eingereichten Angebote. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, wonach die vor ihr platzierten und ebenfalls nicht berücksichtigten Anbieterinnen auszuschliessen gewesen wären oder tiefer hätten rangiert werden müssen, so dass ihre eigene reelle Chance auf den Zuschlag erhöht würde (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.6). Im Gegenteil: Sie forderte vielmehr, dass der Auftrag der nächsten Anbieterin gemäss Nutzwertanalyse zu vergeben sei. Selbst wenn die Beschwerdeführerin an der Feststellung, der Zuschlag wäre ihr zu erteilen gewesen, interessiert wäre, könnte auf die Beschwerde deshalb auch mangels entsprechender reeller Chance nicht eingetreten werden.

2.3. An diesem Ergebnis ändert nichts, dass die Vorinstanz bei der Bereinigung und Bewertung der Angebote mehrfach in vergaberechtlich problematischer Weise vorgegangen ist. Obwohl gemäss Devis sämtliche Anbieter Musterfenster offerieren mussten (vgl. act. 8/2, Leistungsverzeichnis NPK 371 Ziffer 130), hat die Vorinstanz nicht allen Anbieterinnen Gelegenheit zur Einreichung eines Musterfensters gegeben. Ebenso hat sie zu den von den beiden teuersten Anbieterinnen – darunter die Beschwerdeführerin – bezeichneten Referenzen keine Auskünfte eingeholt, ihnen aber wie den andern Anbieterinnen gleichwohl die Maximalnote erteilt (vgl. act. 8/9-11 und



23). Damit hat sie in problematischer Weise Elemente des Einladungsverfahrens und des offenen Verfahrens vermischt und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter gemäss Art. 11 Ingress und lit. a IVöB nicht ausreichend beachtet. Da dies von der Beschwerdeführerin nicht gerügt wurde und sich diese Umstände auch nicht zugunsten der Beschwerdegegnerin ausgewirkt haben, die bei den Kriterien Qualität und Referenzen ohnehin die Maximalbenotung erreicht hat, können sie hier unbeachtet bleiben. Obwohl in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgehalten worden war, dass das Standardformular Anbieterdaten vollständig auszufüllen sei (vgl. act. 8/2, Ergänzende Informationen zur Submission und Festlegungen, Eignungskriterien), hat die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin Gelegenheit gegeben, in ihrem Angebot nicht bestätigte Verpflichtungen zur Einhaltung von Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie von Arbeitsschutzbestimmungen gemäss Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation nachzuholen (act. 8/15). Dieses Vorgehen erscheint vergaberechtlich allerdings dann zulässig, wenn sie allen Anbieterinnen gleichermassen die Gelegenheit bietet, unvollständige Angaben – die gleichen Bestätigungen fehlten auch beim Angebot der drittplatzierten Anbieterin (vgl. act. 8/11) – zu ergänzen. Schliesslich muss berücksichtigt werden, dass in Bezug auf eine fehlende Unterschrift das Angebot des Anbieters nur dann auszuschliessen ist, wenn dieses dadurch in wesentlichen Bereichen unverbindlich ist. Zwar wurde die Unterschrift der Beschwerdebeteiligten am 27. Oktober 2016 – und damit nach Fristablauf – nachgefordert. Das Standardformular Anbieterdaten mit den Teilnahmebedingungen und Referenzen war dagegen unterschrieben. Dass die Beschwerdegegnerin an ihr Angebot nicht gebunden sein wollte, kann daher nicht gesagt werden.

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens – das Nichteintreten mangels Beschwerdebefugnis kommt einer Abweisung der Beschwerde gleich – bezahlt die Beschwerdeführerin die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 2'300 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem im Hauptverfahren verbliebenen restlichen Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin von CHF 2'300 zu verrechnen. Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP). Weder die Beschwerdegegnerin – sie hat sich am Beschwerdeverfahren überhaupt nicht beteiligt – noch die Vorinstanz – die im Übrigen grundsätzlich keinen Anspruch auf Kostenersatz hat – haben einen entsprechenden Antrag gestellt.



Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 2'300 unter Verrechnung mit dem beim Hauptverfahren verbliebenen restlichen Kostenvorschuss von CHF 2'300.

Der Abteilungspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Eugster

Blanc Gähwiler