



Fall-Nr.: B 2018/187
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.01.2019
Entscheiddatum: 22.01.2019

Entscheid Verwaltungsgericht, 22.01.2019

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 25 Abs. 1 und Art. 26 VöB. Im Einladungsverfahren können die vom Auftraggeber ausgewählten Anbieter ein Angebot einreichen. Abweichende Bestimmungen vorbehalten, sind gemeinsame Angebote von mehreren Anbietern zulässig. Im Einladungsverfahren sind deshalb Angebote nicht eingeladener Unternehmen – auch wenn sie in Arbeitsgemeinschaft mit einem eingeladenen Unternehmen eingereicht werden – auszuschliessen. Die aus einem eingeladenen und einem nicht eingeladenen Unternehmen bestehende Arbeitsgemeinschaft hat deshalb keine Aussicht auf den Zuschlag. Auf deren Beschwerde ist deshalb nicht einzutreten (Verwaltungsgericht, B 2018/187). Entscheid vom 22. Januar 2019

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

ARGE Wissmann Architekten GmbH und Ziegler + Partner Architekten AG,
bestehend aus

- **Wissmann Architekten GmbH**, Lattenhofweg 4, 8645 Jona,
- **Ziegler + Partner Architekten AG**, Langrütistrasse 6, 8645 Jona,

Beschwerdeführerinnen,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG Linus Hofmann, Hofmann Gehler Schmidlin,
Lattenhofweg 4, Postfach 2151, 8645 Jona,

gegen

Politische Gemeinde Rapperswil-Jona, Bau- und Umweltkommission,
St. Gallerstrasse 40, 8645 Jona,

Vorinstanz,

und

Piceci Architekten GmbH, Neue Jonastrasse 60a, 8640 Rapperswil,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marco S. Marty, LL.M., MV Legal Partners LLC,
Florastrasse 49, Postfach, 8032 Zürich,

Gegenstand

Vergabe Kinder- und Jugendzentrum Rapperswil-Jona (Architekt BKP 291)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona lud sechs Architekturbüros ein, ein Angebot für die Architekturleistungen der Phasen drei (Projektierung, ohne Vorprojekt 4.31), vier (Ausschreibung) und fünf (Realisierung) bei der Sanierung des Zeughausareals im Hinblick auf die Nutzung als Kinder- und Jugendzentrum einzureichen (vgl. act. 7/2). Die Teilnahmebedingungen galten gemäss Offertformular ausdrücklich auch für allfällige Gemeinschaftspartner und Unterbeauftragte des Anbieters. Das Formular "Selbstdeklaration" war bei Angeboten von Bietergemeinschaften (Arbeitsgemeinschaften) – "soweit dies zulässig ist" – für jedes Mitglied der Bietergemeinschaft einzureichen (vgl. act. 7/4). Innert der bis 22. Juni 2018



offenen Frist reichten vier der sechs eingeladenen Anbieter – darunter die Piceci Architekten GmbH und die Wissmann Architekten GmbH, letztere zusammen mit der nicht eingeladenen Ziegler + Partner Architekten AG – ein Angebot ein. Die Bau- und Umweltkommission der Politischen Gemeinde Rapperswil-Jona erteilte am 17. Juli 2018 den Zuschlag zum Preis von CHF 222'464 (inklusive 7,7 Prozent Mehrwertsteuer) an die Piceci Architekten GmbH, deren Angebot mit 243 von maximal möglichen 300 gewichteten Punkten bewertet worden war.

B. Die Wissmann Architekten GmbH und die Ziegler + Partner Architekten AG (Beschwerdeführerinnen), deren gemeinsames Angebot zum Preis von CHF 195'362.93 (inklusive 7,7 Prozent Mehrwertsteuer) 238 gewichtete Punkte erzielt hatte, erhoben gegen die mit A-Post versandte Zuschlagsverfügung der Bau- und Umweltkommission der Politischen Gemeinde Rapperswil-Jona (Vorinstanz) vom 17. Juli 2018 mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 31. Juli 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Architekturleistungen seien zum Preis von CHF 195'362.93 (inklusive Mehrwertsteuer) an sie zu vergeben, eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zum entsprechenden Zuschlag, subeventualiter zur Wiederholung der Vergabe zurückzuweisen. Der zuständige Abteilungspräsident entsprach mit Zwischenverfügung vom 15. August 2018 dem Gesuch der Beschwerdeführerinnen, es sei ihrer Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren, und untersagte der Vorinstanz den Abschluss des Vertrags. Da die Beschwerdeführerinnen bei erfolgreicher Beschwerdeführung deshalb nach wie vor Aussicht auf den Zuschlag und den Abschluss des Vertrags haben, fällt ihr Subsubeventualantrag auf Zusprechung von Schadenersatz dahin.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 13. September 2018, die Beschwerde sei abzuweisen, eventualiter seien die Architekturleistungen für CHF 170'733.66 (inklusive Mehrwertsteuer) den Beschwerdeführerinnen zu vergeben. Am 21. September 2018 ergänzte sie ihre Vernehmlassung mit dem Antrag, auf die Beschwerde sei wegen Verspätung nicht einzutreten. Mit Vernehmlassung vom 24. September 2018 beantragte die Piceci Architekten GmbH (Beschwerdegegnerin)



durch ihren Rechtsvertreter, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.

Die Beschwerdeführerinnen nahmen am 18. Oktober 2018 Stellung zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin äusserten sich dazu mit Eingaben vom 6. November 2018. Die Vorinstanz begründete ihren Antrag auf Nichteintreten – wie bereits die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung vom 24. September 2018 – mit der Unzulässigkeit der Einreichung eines Angebots durch eine Bietergemeinschaft mit einer nicht eingeladenen Anbieterin im Einladungsverfahren. Die Beschwerdeführerinnen antworteten am 13. November 2018. Die Beschwerdegegnerin nahm dazu am 26. November 2018 Stellung. Die Beschwerdeführerinnen äusserten sich abschliessend am 4. Dezember 2018.

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.

1.1. Ob die Voraussetzungen für das Eintreten auf die Beschwerde erfüllt sind, ist von Amtes wegen zu prüfen (vgl. 64 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). 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).

1.2.

1.2.1. Die Beschwerdegegnerin macht in der Vernehmlassung vom 24. September 2018 geltend, die Beschwerdeführerinnen seien nicht beschwert und hätten kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Sie bringt vor, die Submission sei im Einladungsverfahren erfolgt. In den unangefochtenen



gebliebenen Ausschreibungsunterlagen sei nie die Rede davon gewesen, dass Arbeitsgemeinschaften eingeladen würden. Weder die ARGE als einfache Gesellschaft noch die Ziegler + Partner Architekten AG seien eingeladen worden und in Folge dessen auch nicht berechtigt gewesen, ein Angebot abzugeben. Die Wissmann Architekten GmbH hätte nur ein Angebot in eigenem Namen einreichen dürfen, da die Vorinstanz die Architekturarbeiten nur durch die eingeladenen Unternehmen persönlich ausgeführt haben wollte. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen entspreche in augenfälliger Weise nicht den Vorgaben des Einladungsverfahrens. Es belege, dass die Wissmann Architekten GmbH nicht willens und nicht in der Lage sei, die nachgefragten Architekturarbeiten zu erbringen.

Die Vorinstanz war weder in der angefochtenen Verfügung noch in ihren Vernehmlassungen vom 13. September 2018 und vom 7. August 2018 zum Gesuch der Beschwerdeführerinnen um aufschiebende Wirkung der Beschwerde davon ausgegangen, sie könne den Beschwerdeführerinnen wegen der Beteiligung eines nicht eingeladenen Unternehmens an der Bietergemeinschaft den Zuschlag nicht erteilen, weshalb auf deren Beschwerde nicht einzutreten sei. Vielmehr stellte sie den Eventualantrag, der Zuschlag sei den Beschwerdeführerinnen zu erteilen. Erst in der zusätzlichen Eingabe vom 6. November 2018 bringt sie vor, eine Bietergemeinschaft mit einem nicht eingeladenen Teilnehmer sei nicht zulässig. Sie pflege jedoch aus verfahrensökonomischen Gründen die Praxis, von separaten Ausschlussverfahren abzusehen, wenn im Rahmen der ordentlichen Vergabe nach Vergabekriterien faktisch das gleiche Ergebnis entstehe.

Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf die Einladungsunterlagen, in denen anzugeben gewesen sei, ob es sich um eine Bietergemeinschaft beziehungsweise eine Arbeitsgemeinschaft handle. Beim Formular "Selbstdeklaration" sei unter "A. Hinweise" vermerkt gewesen, das besagte Formular sei bei einem Angebot einer Bietergemeinschaft, soweit ein solches zulässig sei, für jedes Mitglied der Gemeinschaft einzureichen. Angebote von Bietergemeinschaften seien zulässig, sofern solche von der Vergabestelle nicht von vornherein explizit ausgeschlossen seien. Ein solcher Ausschluss werde aus den Akten nicht erkennbar. Im Übrigen habe sich die Vorinstanz mit dem Offertöffnungsprotokoll und dem Versand der Vergabeverfügungen auf das Angebot eingelassen.



1.2.2. Mangels besonderer vergaberechtlicher Regelungen richtet sich die Beschwerdebefugnis nach den allgemeinen Regeln zum Rechtsschutz in Verwaltungsstreitsachen. Nach Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung der Beschwerde berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Im Vergabeverfahren ist der nicht berücksichtigte Bewerber zur Erhebung der Beschwerde befugt, wenn er reelle Chancen hat, im Fall der Gutheissung seines Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.1). Selbst wenn der Rückstand bei der Bewertung des Angebotes der nicht berücksichtigten Bewerberin – wie vorliegend – nur gering und bei einer Korrektur der Bewertung im Sinn der beschwerdeweise geltend gemachten Rügen aufgeholt würde, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, wenn das Angebot der Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

1.2.3. Gemäss Art. 25 Abs. 1 VöB können im Einladungsverfahren die vom Auftraggeber ausgewählten Anbieter ein Angebot einreichen. Abweichende Bestimmungen vorbehalten, sind gemeinsame Angebote von mehreren Anbietern zulässig (Art. 26 VöB). Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich aus diesen Regeln, dass im Einladungsverfahren Angebote nicht eingeladener Unternehmen – auch wenn sie in Arbeitsgemeinschaft mit einem eingeladenen Unternehmen eingereicht werden – auszuschliessen sind (vgl. GVP 2003 Nr. 37; Verwaltungsgericht Tessin 52.2017.103 vom 26. Juli 2017, vgl. M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018; Rz. 65).

Auch die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass die Vorinstanz zwar die Wissmann Architekten GmbH, nicht aber die Ziegler + Partner Architekten AG zur Einreichung eines Angebots eingeladen hat. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, die Vorinstanz habe entgegen der Rechtsgrundlagen von Art. 25 und Art. 26 VöB Arbeitsgemeinschaften zwischen eingeladenen und nicht eingeladenen Unternehmen zulassen wollen. Zwar wurde im Offertformular im Abschnitt über die "Ergänzenden Informationen zur Submission und Festlegungen" unter dem Randtitel "Teilnahmebedingungen" ausgeführt, sie gälten "auch für allfällige Gemeinschaftspartner". Im "Formular Selbstdeklaration" war unter dem Titel "A. Hinweise" sodann festgehalten, das Formular sei, werde das Angebot von einer



Bietergemeinschaft eingereicht, für jedes Mitglied einzureichen (act. 7/4). Jedoch kann angesichts der klaren Rechtslage von Art. 25 und Art. 26 VöB und dem Grundsatz, dass die Auftraggeberin im Einladungsverfahren grundsätzlich frei bestimmt, wen sie zur Einreichung eines Angebotes auffordert, daraus nicht abgeleitet werden, die Vorinstanz habe ausdrücklich auch Bietergemeinschaften mit nicht eingeladenen Unternehmen zulassen wollen. Die Formulierungen, auf welche die Beschwerdeführerinnen hinweisen, sind auf Bietergemeinschaften eingeladenener Anbieterinnen zu beziehen. Zudem stand der Hinweis im "Formular Selbstdeklaration" unter dem Vorbehalt, dass die Einreichung eines Angebotes durch eine Bietergemeinschaft zulässig sei. Dies ist sie indessen, soweit nicht eingeladene Anbieterinnen teilnehmen, aufgrund der klaren rechtlichen Ausgangslage aber grundsätzlich nicht. Die Zulassung solcher Bietergemeinschaften ohne einen entsprechenden klaren und ausdrücklichen Hinweis würde im Übrigen auch die – auch im Einladungsverfahren zu beachtenden – vergaberechtlichen Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (vgl. Art. 11 Ingress lit. a IVöB) verletzen, da die eingeladenen Anbieterinnen angesichts der klaren Rechtsgrundlage und des Sinns und Zwecks des Einladungsverfahrens grundsätzlich davon ausgehen müssen und dürfen, Bietergemeinschaften mit nicht eingeladenen Unternehmen seien nicht zulässig. Die Beschwerdeführerinnen können der Vorinstanz auch nicht wirksam entgegenhalten, sie habe sich – mit der Bewertung ihres Angebotes – eingelassen, da es der Beschwerdegegnerin – im Gegensatz zur Vergabebehörde (vgl. Präsidialverfügung B 2017/233 vom 2. Dezember 2017 E. 2.2.2, www.gerichte.sg.ch) – unbenommen sein muss, beschwerdeweise erfolgreich geltend zu machen, das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen werden müssen.

1.2.4. Da sich die Beschwerdegegnerin zu Recht auf die Unzulässigkeit des Angebots der Beschwerdeführerinnen beruft, haben die Beschwerdeführerinnen – selbst wenn sich ihre Rügen bezüglich der Bewertung der Angebote als zutreffend erweisen würden – keine reellen Chancen auf die Erteilung des Zuschlags an sie. Sie sind dementsprechend nicht zur Erhebung der Beschwerde befugt.

1.3. Dementsprechend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Ob sie rechtzeitig erhoben wurde, kann unter diesen Umständen offenbleiben.



2. Mit der Zwischenverfügung vom 15. August 2018 war dem Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, zu entsprechen. Die amtlichen Kosten für die Zwischenverfügung sind dementsprechend von der Vorinstanz – die Beschwerdegegnerin hat sich am Zwischenverfahren nicht beteiligt – zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12, GKV). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). – Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen für das Zwischenverfahren zu entschädigen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen hat dem Gericht eine am 18. Oktober 2018 erstellte Kostennote mit einem Honorar für das gesamte Beschwerdeverfahren von CHF 8'010 (26,7 Stunden zu CHF 300 je Stunde) zuzüglich pauschalen Barauslagen und Mehrwertsteuer eingereicht (act. 23). Im Verwaltungsjustizverfahren vor dem Einzelrichter werden die Vertretungskosten innerhalb der zwischen CHF 500 und 6'000 liegenden Pauschalen nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten bemessen (Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. c in der bis 31. Dezember 2018 gültigen Fassung der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, nGS 46-49, aHonO). Der in der Kostennote ausgewiesene zeitliche Aufwand – zum mittleren Honorar von CHF 250 je Stunde – stellt mithin lediglich einen von verschiedenen massgebenden Anhaltspunkten für die Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung dar. Mit Blick auf vergleichbare Verfahren erscheint ein pauschales Honorar von CHF 2'000 zuzüglich CHF 80 pauschale Barauslagen (vier Prozent von CHF 2'000; Art. 28^{bis} Abs. 1 aHonO) angemessen. 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 E. 6, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Im Hauptverfahren – auf die Beschwerde ist mangels Beschwerdebefugnis nicht einzutreten – unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind ihnen die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens aufzuerlegen (Art. 95



Abs. 1 VRP; vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 769). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 GKV). Sie ist mit dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'500 zu verrechnen. CHF 1'000 sind ihnen zurückzuerstatten. Sie haben die Beschwerdegegnerin – die nicht vertretene Vorinstanz hat als verfügende Vergabebehörde keinen Anspruch auf Entschädigung ausseramtlicher Kosten (vgl. Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 829) und im Übrigen auch keinen entsprechenden Antrag gestellt – für das Hauptverfahren unter solidarischer Haftbarkeit im Rahmen der Honorarpauschalen für das Verfahren vor Verwaltungsgericht von CHF 1'500 bis 15'000 (vgl. Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b Honorarordnung in der seit 1. Januar 2019 gültigen Fassung, sGS 963.75, HonO) ermessensweise mit CHF 4'000 zuzüglich CHF 160 pauschale Barauslagen (vier Prozent von CHF 4'000) zu entschädigen. Die Beschwerdegegnerin beantragt zwar ausdrücklich die ausseramtliche Entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer, begründet diesen Antrag indessen nicht (vgl. Art. 29 in Verbindung mit Art. 30 HonO). Zudem ist sie selbst mehrwertsteuerpflichtig und damit zum Vorsteuerabzug berechtigt, sodass der Mehrwertsteuerabzug praxisgemäss ohnehin entfallen würde.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2. Die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 bezahlt die Vorinstanz. Die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 1'500 bezahlen die Beschwerdeführerinnen unter Verrechnung mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'500; CHF 1'000 werden ihnen zurückerstattet.

3. Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerinnen für das Zwischenverfahren mit CHF 2'080 ohne Mehrwertsteuer. Die Beschwerdeführerinnen entschädigen die



Beschwerdegegnerin für das Hauptverfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit CHF 4'160 ohne Mehrwertsteuer.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer