



Fall-Nr.: B 2012/119
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 23.08.2012
Entscheiddatum: 23.08.2012

Urteil Verwaltungsgericht, 23.08.2012

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 18 Abs. 2 IVöB (sGS 841.32) und Art. 4 Abs. 2 EGöB (sGS 841.1). Da in der Beschwerde bzw. innerhalb der Beschwerdefrist kein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt und der Vertrag zwischenzeitlich abgeschlossen wurde, kann nur noch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festgestellt werden. Auch ein Schadenersatzbegehren wurde erst nach Ablauf der Beschwerdefrist gestellt, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Zudem erweist sich die Bewertung der Angebote durch die Vergabestelle nicht als rechtswidrig (Verwaltungsgericht, B 2012/119).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. H. Fenners

In Sachen

Brülisauer Landmaschinen GmbH, Gehrlistrasse 2, 9453 Eichberg,

Beschwerdeführerin,

gegen



St.Galler Gerichte

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

Vorinstanz,

und

Gebrüder Rappo AG, 1716 Plaffeien,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Forsttraktor für den Werkhof Trübbach,
Rheinunternehmen

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Das Baudepartement des Kantons St. Gallen schrieb die Lieferung eines Forsttraktors mit Rückekran und Seilwinde für den Werkhof in Trübbach (Rheinunternehmen) im offenen Verfahren aus. Innert der angesetzten Eingabefrist bis zum 15. Februar 2012 gingen elf Angebote von neun Anbietern ein. Davon stammen zwei Angebote (Nrn. 10 und 11) von der Gebrüder Rappo AG, Plaffeien, und eines (Nr. 1) von der Brülisauer Landmaschinen GmbH, Eichberg. Mit Verfügung vom 24. Mai 2012 wurde der Zuschlag an das Angebot Nr. 10 der Gebrüder Rappo AG zum Preis von Fr. 328'303.-- (inkl. MWST) erteilt.

B./ Gegen die Zuschlagsverfügung erhob die Brülisauer Landmaschinen GmbH mit Eingabe vom 29. Mai 2012 (Datum Poststempel: 30. Mai 2012) Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dabei stellte sie folgenden Antrag:



St.Galler Gerichte

"Da die Abgasnormen und damit die technischen Anforderungen der Ausschreibung von den ersten beiden Anbietern nicht eingehalten sind, ist unser Angebot zu berücksichtigen."

Nach Leistung des Kostenvorschusses durch die Brülisauer Landmaschinen GmbH wurde dem Baudepartement und der Gebrüder Rappo AG am 19. Juni 2012 eine Frist von 20 Tagen zur Einreichung einer Vernehmlassung eröffnet. Am darauf folgenden Tag teilte das Baudepartement mit, es sei der Vertrag mit der Gebrüder Rappo AG geschlossen worden. Die entsprechende Mitteilung wurde am 21. Juni 2012 zur Kenntnisnahme an die Brülisauer Landmaschinen GmbH weitergeleitet. Mit Eingabe vom 28. Juni 2012 liess sich die Gebrüder Rappo AG zur Beschwerde vernehmen. Am 5. Juli 2012 nahm die Brülisauer Landmaschinen GmbH zur Mitteilung des Baudepartements vom 20. Juni 2012 Stellung. Dabei stellte sie ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung; eventualiter verlangte sie sodann, es sei ihr der durch den widerrechtlichen Zuschlag erlittene Schaden zu ersetzen. Mit Eingabe vom 9. Juli 2012 erstattete das Baudepartement die Beschwerdevernehmlassung, worin es auf Abweisung der Beschwerde schloss.

Mit verfahrensleitender Anordnung vom 10. Juli 2012 wurde der Brülisauer Landmaschinen GmbH Gelegenheit eingeräumt, zu den Vernehmlassungen des Baudepartements vom 9. Juli 2012 und der Gebrüder Rappo AG vom 28. Juni 2012 Stellung zu nehmen. Die Brülisauer Landmaschinen GmbH liess sich mit Eingabe vom 19. Juli 2012 ergänzend vernehmen.

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten sowie die Ausführungen im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die Sachurteilsvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen:

1.1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid über die Beschwerde sachlich zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das



öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Im Weiteren wurde die Beschwerde fristgerecht eingereicht, und sie enthält sowohl einen Antrag als auch eine Begründung (Art. 15 Abs. 3 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB; Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP).

1.2. Die Beschwerdeführerin beantragt (sinngemäss), es sei die Zuschlagsverfügung vom 24. Mai 2012 aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen. Die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin kommt jedoch nicht mehr in Betracht, wurde doch der Vertrag bereits abgeschlossen. Nach Art. 18 Abs. 2 IVöB ist in einem solchen Fall nur noch möglich, die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen. Ein entsprechender (Eventual-)Antrag muss nicht ausdrücklich in der Beschwerde gestellt werden, sondern er gilt als im Antrag auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 ff., E. 3.2). Mithin ist auf die Beschwerde insofern einzutreten, als im Rahmen eines Feststellungsentscheids eine Auseinandersetzung mit den von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwendungen stattzufinden hat.

1.3. Die Beschwerdeführerin stellte erst im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2012 ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Darauf kann nicht eingetreten werden. Ein solches Begehren muss innerhalb der Beschwerdefrist gestellt werden. Dies ergibt sich aus Art. 42 VöB, wonach der Präsident des Verwaltungsgerichts innerhalb von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden hat. Zudem kann ein Feststellungsentscheid (vgl. oben E. 1.2.) nicht vollzogen werden, sodass insoweit die Erteilung der aufschiebenden Wirkung von Vornherein ausser Betracht fällt. Im Weiteren trifft es nicht zu, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 29. Mai 2012 ein entsprechendes Gesuch gestellt hat. Aus der Formulierung, es sei ihr Angebot zu berücksichtigen, geht weder explizit noch implizit ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hervor (so auch Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. November 2003, in: VPB 68/2004, Nr. 47, E.



2a). Es muss vielmehr ausdrücklich und zusätzlich zu den materiellen Begehren gestellt werden.

1.4. Nicht einzutreten ist zudem auf das ebenfalls erst in der Eingabe vom 5. Juli 2012 (eventualiter) gestellte Schadenersatzbegehren. Art. 4 Abs. 2 EGöB verlangt, dass ein Schadenersatzbegehren mit der Beschwerde einzureichen ist. Ohnehin ist eine Erweiterung oder Ergänzung des Rechtsbegehrens nach Ablauf der Beschwerdefrist ausgeschlossen (vgl. auch GVP 2001 Nr. 18 E. c und d).

1.5. Zuzufolge Verwirkung entfällt schliesslich auch ein Eintreten auf die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge, die Gewichtung der Leistungskriterien sei vorgängig nicht bekannt gegeben worden. Dies machte sie erstmals im Rahmen der Replik vom 19. Juli 2012 geltend. Das Recht zur Replik beinhaltet indes nicht, darin Vorbringen nachzuschieben, die bereits in der Beschwerde hätten getätigt werden können, sondern es soll lediglich eine Äusserungsmöglichkeit zu den in den Vernehmlassungen vorgebrachten neuen tatsächlichen oder rechtlichen Argumenten verschaffen. Die Rüge erweist sich aber auch deshalb als verspätet, weil sie im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung im Sinn von Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB hätte vorgebracht werden müssen (vgl. dazu etwa VerwGE B 2011/22 vom 12. April 2011 E. 2.1., abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

1.6. Auf die Beschwerde ist damit – nur unter Vorbehalt der vorgenannten Präzisierung (E. 1.2.) sowie Einschränkungen (E. 1.3.-1.5.) - einzutreten.

2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit. a), sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (lit. b) gerügt werden. Aufgrund von Abs. 2 der gleichen Bestimmung kann hingegen Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden. Diese Regelung entspricht der Vorschrift von Art. 61 VRP.

Aus Art. 16 IVöB leitet das Verwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüfen muss, sondern die



nicht berücksichtigte Anbieterin im Einzelnen darzulegen hat, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Die Beschwerdeführerin muss also dartun, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht oder Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung beziehungsweise Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (vgl. dazu GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

2.1. Die Beschwerdeführerin moniert, die von der Beschwerdegegnerin angebotenen Fahrzeuge (Pfanzelt Pm-Trac 2360 sowie Pfanzelt Pm-Trac 2375) erfüllten die geforderte Abgasstufe III B nicht, sondern nur die Abgasstufe III A mit der sogenannten Bunkerregelung; es müsse deshalb ihr Angebot Berücksichtigung finden.

2.2. Die am 12. Dezember 2011 im Amtsblatt des Kantons St. Gallen publizierte Ausschreibung verwies sowohl für die Eignungskriterien als auch für die Zuschlagskriterien auf die Ausschreibungsunterlagen. Aus den Akten ergibt sich, dass die Anbieter sowohl ein Eingabeformular als auch ein Formular betreffend Eignungsprüfung einzureichen hatten. Das Eingabeformular enthält (wie schon die Ausschreibung) das Pflichtenheft, welches Gegenstand und Umfang der Leistung beschreibt. Darin wurden 15 Eigenschaften für den Traktor, 14 Eigenschaften für den Rückekran und 8 Eigenschaften für die Seilwinde aufgestellt. Das Pflichtenheft sieht für den Traktor (neben 14 weiteren Eigenschaften) vor, dass er über einen Dieselpartikelfilter mit Herstellergarantie, Abgasemissionskategorie Stufe III B (oder eventuell IV), verfügen muss. Im Eingabeformular wurden sodann folgende Zuschlagskriterien festgelegt: 1. Einhaltung des Pflichtenhefts, Qualität; 2. Preis (Konditionen); 3. Kompetenzzentrum, Garantieleistungen; 4. Servicestelle & Lieferfrist.

Die im Pflichtenheft verlangte Abgasstufe für den Traktor stellt damit ein (Unter-)Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinn von Art. 34 Abs. 1 VöB dar. Erfüllt ein Angebot die Eigenschaft nicht, hat dies nicht zur Folge, dass es unberücksichtigt zu bleiben hat beziehungsweise vom Vergabeverfahren auszuschliessen ist. Das Fehlen der Eigenschaft zieht nur (aber immerhin) eine schlechtere Bewertung nach sich. Insoweit unterscheidet sich ein (angebotsbezogenes) Leistungskriterium – wie es die Abgasemissionskategorie darstellt – von einem (anbieterbezogenen) Eignungskriterium.



2.3. Die maximale Punktzahl betrug vorliegend 400, wobei maximal 260 Punkte beim Kriterium «Einhaltung des Pflichtenhefts, Qualität» (Gewichtung 65%), 100 Punkte beim «Preis» (Gewichtung 25%) und je 20 Punkte beim dritten und vierten Leistungskriterium (Gewichtung je 5%) erreicht werden konnten. Das Angebot Nr. 10 der Beschwerdegegnerin wurde beim ersten, dritten und vierten Leistungskriterium mit der Maximalpunktzahl von 260 beziehungsweise 20 Punkten bewertet, beim Preis erreichte es sodann 89.4 Punkte. Die Beschwerdeführerin reichte zwar das preisgünstigste Angebot ein, wofür es mit 100 Punkten bewertet wurde, bei den übrigen Leistungskriterien blieb es hingegen (deutlich) hinten dem Angebot der Beschwerdegegnerin zurück. Insgesamt wurde ihr Angebot mit 330 Punkten bewertet. Die Beschwerdeführerin behauptet nicht und legt denn auch nicht substantiiert dar, dass und in welchen Punkten ihr Angebot zu tief bewertet worden sei. Bei einem Rückstand von beinahe 60 Punkten auf das Angebot der Beschwerdegegnerin ist nun aber nicht ersichtlich, inwiefern eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin in Frage kommen könnte, selbst wenn sich die Bewertung beim Kriterium «Abgasstufe» als fehlerhaft erweist. Das Pflichtenheft, für dessen vollständige Einhaltung wie gesagt maximal 260 Punkte verteilt wurden, umfasst insgesamt 37 Eigenschaften und nur eines davon stellt die Abgasstufe dar. Der Bewertungsfehler vermag daher den Zuschlagsentscheid im Ergebnis nicht zu beeinflussen, zumal die Beschwerdeführerin einzig die Bewertung der Abgasstufe rügt, andere Vergabe- beziehungsweise Verfahrensfehler jedoch in der Beschwerde nicht behauptet. Die Kausalität zwischen dem geltend gemachten Bewertungsfehler und der Vergabeerteilung ist damit nicht gegeben (vgl. hierzu auch Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Rz. 922).

2.4. Abgesehen davon ist nicht erkennbar, dass die Vorinstanz den weiten Ermessensspielraum, der ihr im Rahmen der Bewertung der Zuschlagskriterien zukommt (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 544), überschritten hat. Das von der Beschwerdegegnerin angebotene Fahrzeug erfüllt zwar nur die Abgasstufe III A. Die Grenzwerte der Abgasstufe III B werden aber nach den unbestritten gebliebenen Angaben der Beschwerdegegnerin nur geringfügig überschritten (0.01 g/kWh bezüglich HC und 0.1 g/kWh bezüglich NOx). Für den Dieselpartikelfilter, der auf das angebotene Fahrzeug aufgebaut werden soll, wurden zudem anlässlich eines Pilotprojektes zur Nachrüstung von Bussen mit Partikelfilter in Vorarlberg für das entsprechende System



St.Galler Gerichte

erhebliche Reduktionen bei den Emissionen NO_x, NO₂ und HC gemessen. Von daher wäre ohnehin für die nicht erfüllte Eigenschaft der Abgasstufe III B nur ein geringfügiger Abzug vorzunehmen gewesen.

2.5. Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung kommt schliesslich auch nicht deshalb in Betracht, weil in der Bewertungsmatrix (vgl. act. 5 der Vorinstanz) andere Zuschlagskriterien als in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind. Dies beruht offensichtlich auf einem Versehen. Die Bewertung selbst erfolgte aber unbestrittenermassen aufgrund der vorgängig bekannt gegebenen Kriterien. Dementsprechend erweist sie sich auch nicht als rechtswidrig.

3. Aufgrund vorstehender Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Die amtlichen Kosten für das Beschwerdeverfahren gehen deshalb zu Lasten der Beschwerdeführerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Gebühr von Fr. 3'000.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

Ausseramtliche Entschädigungen wurden nicht geltend gemacht. Dementsprechend muss darüber auch nicht befunden werden.

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.



V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin

am:

Rechtsmittelbelehrung

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.