



Fall-Nr.: B 2013/46
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 12.02.2020
Entscheiddatum: 19.03.2013

Zwischenverfügung Verwaltungsgericht, 19.03.2013

**Öffentliches Beschaffungswesen, Erteilung der aufschiebenden Wirkung
(Verwaltungsgericht, Zwischenverfügung, B 2013/46).**

Verfügung vom 19. März 2013

In Sachen

Kifa AG, Kappelstrasse 6, 8355 Aadorf,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Simon Krauter, Zürcherstrasse 310,
8500 Frauenfeld,

gegen

Politische Gemeinde Rapperswil-Jona, zuhanden des Stadtrates, St. Gallerstrasse 40,
8645 Jona,

Vorinstanz,

und

Büsser Hausbau AG, Engelhölzlistrasse 15, 8645 Jona,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



BWZ Rapperswil; Erstellen Pavillon für Schulraumerweiterung; Vergabe Total-Unternehmerauftrag

wird in Erwägung,

dass die Kifa AG, 8355 Aadorf (nachfolgend: Beschwerdeführerin), den vom Stadtrat Rapperswil-Jona (nachfolgend: Vorinstanz) verfügten, am 26. Februar 2013 versandten Zuschlag für den Total-Unternehmerauftrag zur Erstellung eines Pavillons für das BWZ Rapperswil zum Preis von Fr. 2'186'568.-- inklusive MWST an die Büsser Hausbau AG, 8645 Jona (nachfolgend: Beschwerdegegnerin), mit Beschwerde vom 8. März 2013 beim Verwaltungsgericht angefochten und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt hat, über das gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entscheiden hat;

dass die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 15. März 2013 den Antrag stellte, es sei das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen;

dass sich die Beschwerdegegnerin zum Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht vernehmen liess;

dass die aufschiebende Wirkung erteilt werden kann, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 5 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB, in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB);

dass in den Ausschreibungsunterlagen die fünf folgenden Zuschlagskriterien (und Gewichtungen) bekannt gegeben wurden: 1. überzeugendes Gesamtangebot (35%); 2. Preis (35%); 3. Termine (10%); 4. Wiederverwendbarkeit (10%); 5. Referenzen (10%);

dass die Angebote von Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin beim Kriterium «Termine»



St.Galler Gerichte

jeweils die Maximalpunktzahl 6 (gewichtet 0.6) erhielten und auch bei den Kriterien der «Wiederverwendbarkeit» sowie «Referenzen» mit der Punktzahl 5 (gewichtet: 0.5) identisch bewertet wurden;

dass die Beschwerdeführerin beim «Preis» eine höhere Punktzahl (5.64, gewichtet: 1.98) als die Beschwerdegegnerin (5.11, gewichtet: 1.79) erhielt, während die Beschwerdegegnerin beim «überzeugenden Gesamtangebot» (mit gewichtet: 2 Punkten) besser als die Beschwerdeführerin (gewichtet: 1.75 Punkte) abschnitt;

dass dementsprechend das Angebot der Beschwerdegegnerin mit total 5.39 Punkten bei der Bewertung obenaus schwang;

dass die Beschwerdeführerin unter anderem moniert, es seien beim Kriterium «Gesamtangebot» andere Unterkriterien bewertet worden als in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen;

dass gemäss den Ausschreibungsunterlagen das «überzeugende Gesamtangebot» anhand der Kriterien «bewährte Konstruktion», «Effizienz» sowie «Nachhaltigkeit und Ökologie» bestimmt werden soll;

dass effektiv aber nicht das Kriterium «bewährte Konstruktion», sondern «Einhaltung der Vorgabe» bewertet (und mit 20% gewichtet) wurde;

dass es sich dabei offensichtlich (inhaltlich) nicht um das Gleiche handelt;

dass demzufolge von einem Verstoss gegen den Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung – der (unter anderem) beinhaltet, dass von den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Leistungskriterien nicht abgewichen werden darf - auszugehen ist (vgl. hierzu M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht, Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Rz. 298 ff.);

dass die Beschwerdeführerin überdies die tiefere Bewertung im Vergleich zur Beschwerdegegnerin beim Kriterium «Ökologie» beanstandet;



St.Galler Gerichte

dass die Vorinstanz den Abzug von einem Punkt (gewichtet: 0.05) beim betreffenden Kriterium in der Vergabeverfügung mit dem längeren Anfahrtsweg der Beschwerdeführerin begründet hat;

dass zwar umweltschonende Auftragsausführung durchaus ein zulässiges Vergabekriterium sein kann, sich indessen die (Mit-)Berücksichtigung von längeren Anfahrts- und Transportwegen vergaberechtlich als (höchst) problematisch erweist, weil damit eine direkte Benachteiligung von auswärtigen Anbietern einhergeht (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Rz. 602 ff.; GVP 2006 Nr. 58);

dass mit Bezug auf die Baunebenkosten (BKP 500) sodann in Betracht fällt, dass das Angebot der Beschwerdeführerin diesbezüglich nur die Pauschale von Fr. 90'000.- für Baubewilligungs- und Anschlussgebühren enthält;

dass im Angebot der Beschwerdeführerin unter dem gleichen Titel noch «bauseitige Leistungen» aufgeführt sind, worunter Kosten für die Baueingabe, Versicherungen, Bauwasser sowie Baustrom fallen sollen;

dass daraus die Vorinstanz nicht einfach auf ein unvollständiges Angebot der Beschwerdeführerin in dem Sinn schliessen konnte, dass die entsprechenden Leistungen im Angebotspreis nicht enthalten seien;

dass vielmehr Klärungsbedarf in Bezug auf die erwähnten bauseitigen Leistungen bestand, ist doch die verlangte objektive Vergleichbarkeit der Offerten (in preislicher Hinsicht) nur gegeben, wenn klar ist, dass die offerierten Preise auch die gleichen Leistungen umfassen;

dass die Vorinstanz offensichtlich auch beim Angebot der Beschwerdegegnerin Anpassungen vornehmen musste, stimmt doch der angebotene Preis nicht mit dem bewerteten Preis überein;

dass die Vorinstanz deswegen bei der Bewertung des Angebotes der Beschwerdegegnerin indessen keinen Abzug vornahm;



St.Galler Gerichte

dass unter diesen Umständen auf jeden Fall nicht gesagt werden kann, die Beschwerde erweise sich als wenig aussichtsreich;

dass zwar eine gewisse Dringlichkeit aufgrund der Angaben der Vorinstanz nicht von der Hand zu weisen ist;

dass im Grundsatz aber zeitliche Dringlichkeit nicht genügt, um die aufschiebende Wirkung zu verweigern, zumal die mögliche Ergreifung eines Rechtsmittels in die Planung einzubeziehen ist;

dass das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollstreckbarkeit der Zuschlagsverfügung nur in Fällen von ausserordentlicher Dringlichkeit gegenüber den entgegenstehenden Interessen an einem Aufschub während des Rechtsmittelverfahrens überwiegt – so etwa, wenn aus unvorhergesehenen und nicht verschuldeten Gründen eine notstandsähnliche Situation gegeben ist (vgl. M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2516 f. mit Hinweisen);

dass eine solche ausserordentliche Dringlichkeit bis jetzt nicht hinreichend dargetan ist;

dass somit das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutzuheissen ist;

dass die aufschiebende Wirkung wieder entzogen werden kann, wenn im Laufe des Verfahrens festgestellt wird, dass die Interessenabwägung – so etwa zufolge von der Vorinstanz nachgewiesener ausserordentlicher Dringlichkeit - anders vorzunehmen ist;

dass die Vorinstanz nur zum Begehren um aufschiebende Wirkung Stellung genommen hat;

dass somit der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin noch Frist zur ausführlichen Stellungnahme anzusetzen ist;

dass Vorinstanz und Beschwerdegegnerin aufzufordern sind, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 2. April 2013 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen,



St.Galler Gerichte

wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen würde;

dass darauf hinzuweisen ist, dass die Gerichtsferien im öffentlichen Beschaffungswesen nicht gelten (Art. 30 Abs. 2 lit. c des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1);

dass die Kosten dieser Verfügung bei der Hauptsache zu belassen sind;

verfügt:

- 1./ Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.
- 2./ Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.
- 3./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis zum 2. April 2013 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.
- 4./ Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

VERWALTUNGSGERICHT

des Kantons St. Gallen

Der Präsident:

lic. iur. Beda Eugster

Versand dieser Verfügung an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt Simon Krauter, 8500 Frauenfeld, mit Doppel der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 15. März 2013)



St.Galler Gerichte

- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin (mit Doppel der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 15. März 2013)

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f., Art. 93 und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.