



Fall-Nr.: B 2014/248
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 28.07.2015
Entscheiddatum: 28.07.2015

Entscheid Verwaltungsgericht, 28.07.2015

Öffentliches Beschaffungsrecht, Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB. Die Vergabebehörde hat mit der Berücksichtigung der zu erwartenden Termineinhaltung beim Zuschlagskriterium "Projektorganisation" sowie mit der Aufgliederung des Kriteriums "Referenzen" in die Teilaspekte "Referenzobjekte" und "Referenzauskünfte" bei der Bewertung lediglich die mit der Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verfeinert. Sie hat die Angebote nur aufgrund von Faktoren bewertet, deren Berücksichtigung für die Offerenten absehbar war. Das Transparenzgebot wurde deshalb nicht verletzt. Die Vergabebehörde hat bei der Festlegung der Anforderungen an zwei Referenzobjekte klar zwischen funktionaler und technischer Vergleichbarkeit unterschieden. Weshalb das Referenzobjekt der Beschwerdeführerin mit Familien-, Pflege- und Alterswohnungen mit dem von der Vorinstanz geplanten Wohn- und Pflegezentrum klar schlechter vergleichbar sein soll als das Geschäftshaus D.-strasse der Beschwerdegegnerin, welches nicht die Aufgaben eines Wohn- und Pflegezentrums erfüllt, ist nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, weshalb die Erfahrungen der Beschwerdeführerin bei der Realisation eines – zwar kleiner dimensionierten – Objekts, welches allerdings besondere Anforderungen an die Erstellung von Sichtbetonfassaden und statische Herausforderungen mit umfasste, hinsichtlich der technischen Anforderungen deutlich schlechter zu bewerten sind als die Realisation einer Turnhalle (Verwaltungsgericht, B 2014/248).

Entscheid vom 28. Juli 2015

Besetzung

Vizepräsident Linder; Verwaltungsrichter Heer, Rufener, Bietenharder; Ersatzrichterin Gmünder Perrig; Gerichtsschreiber Scherrer



St.Galler Gerichte

Verfahrensbeteiligte

Brühwiler AG Bauingenieure und Planer, Friedtalweg 19, 9500 Wil SG,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Armin Eugster, Rorschacher Strasse 107,
9000 St. Gallen,

gegen

Stiftung Alter und Gesundheit Gaiserwald, c/o Politische Gemeinde Gaiserwald,
Hauptstrasse 21, 9030 Abtwil SG,

Vorinstanz,

und

Schällibaum Herisau AG, Bahnhofplatz 11, 9100 Herisau,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Matthias Forster, Rüesch Rechtsanwälte,
Oberer Graben 43, 9000 St. Gallen,

Gegenstand

Vergabe Neubau Wohn- und Pflegezentrum (Bauingenieur)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Die Stiftung Alter und Gesundheit Gaiserwald schrieb am 20. Oktober 2014 die Bauingenieurdienstleistungen für den Neubau eines Wohn- und Pflegezentrums in Abtwil im offenen Verfahren aus. Für die Zuschlagskriterien wurde auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen (ABI 2014 S. 2540 f.). In Ziffer 33 der Honorarofferte wurden ohne Gewichtung "Projektorganisation, Projektleiter,



Referenzen", "Angebotspreis", "Innovation/ Qualität" und "Regietarife" als Zuschlagskriterien genannt (act. 8/6). Innerhalb der bis 19. November 2014 laufenden Eingabefrist gingen 15 Angebote von 15 Anbietern ein, unter anderem jene der Brühwiler AG Bauingenieure und Planer und der Schällibaum Herisau AG. Die Stiftung Alter und Gesundheit Gaiserwald vergab die Arbeiten am 16. Dezember 2014 zum Preis von CHF 294'483.50 inklusive Mehrwertsteuer an die Schällibaum Herisau AG, deren Angebot mit 84,4 von maximal 100 Punkten bewertet worden war (act. 8/17).

B. Die Brühwiler AG Bauingenieure und Planer (Beschwerdeführerin), deren Angebot zum Preis von CHF 196'417.60 mit 82,2 Punkten den zweiten Rang erreicht hatte (act. 8/17), erhob gegen die Zuschlagsverfügung der Stiftung Alter und Gesundheit Gaiserwald (Vorinstanz) vom 16. Dezember 2014 mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 29. Dezember 2014 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Vergabeentscheid aufzuheben und festzustellen, dass sie das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe. Dementsprechend sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Das von der Beschwerdeführerin gleichzeitig gestellte Gesuch, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, hiess der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts am 14. Januar 2015 gut. In der Folge wurde das Beschwerdeverfahren dem übereinstimmenden Gesuch der Verfahrensbeteiligten entsprechend bis 2. März 2015 sistiert.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 27. Februar 2015, die Beschwerde sei, soweit auf sie einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Mit Vernehmlassung ihres Rechtsvertreters vom 23. März 2015 beantragte die Schällibaum Herisau AG (Beschwerdegegnerin), die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge vollumfänglich abzuweisen. Am 29. April 2015 äusserte sich die Beschwerdeführerin zu den Vernehmlassungen und hielt an ihrem Rechtsbegehren fest.

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. Die Politische Gemeinde Gaiserwald hat der Vorinstanz mit der Leistungsvereinbarung vom 7./11. Januar 2013 Bau, Betrieb und Unterhalt der zukünftigen Angebote für Pflege und Betreutes Wohnen für betagte oder pflegebedürftige Menschen in ihrer Gemeinde übertragen (vgl. www.gaiserwald.ch, Politik/Verwaltung, Dienstleistungen, Broschüren/Publicationen). Auch wenn sie als privatrechtliche Stiftung organisiert ist, unterliegt die Vorinstanz, die über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnimmt, keine ausschliesslich gewerbliche Tätigkeit erfüllt und von der Politischen Gemeinde Gaiserwald beherrscht wird, als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. b der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) dem Vergaberecht (vgl. Galli/Moser/ Lang/ Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 133/134). Nichts anderes ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 Ingress und lit. b des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB), wonach dem öffentlichen Beschaffungsrecht nebst den Gemeinden auch andere Träger von Gemeindeaufgaben unterliegen (vgl. VerwGE B 2005/224 vom 24. Januar 2006 E. 1, www.gerichte.sg.ch, zum Zweckverband Regionales Seniorenzentrum Solino Bütschwil). Das Verwaltungsgericht ist dementsprechend zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 EGöB). Die nicht berücksichtigte Beschwerdeführerin, deren Angebot den zweiten Rang erreichte und die damit reelle Chancen auf einen Zuschlag hat, ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 29. Dezember 2014 rechtzeitig erhoben (vgl. dazu Erwägung 1 der Zwischenverfügung vom 14. Januar 2015) und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin weist auf die doppelte Funktion von Erich Bischof als Vizepräsident des Stiftungsrates der ausschreibenden Institution einerseits und als Mitglied der Geschäftsleitung der Beschwerdegegnerin andererseits hin. Diese doppelte Funktion wirft die Frage nach dem Ausschluss der Beschwerdegegnerin wegen Vorbefassung (dazu nachfolgend Erwägung 2.1) und nach dem Ausstand von Erich Bischof beim Vergabeentscheid wegen Interessenkollision (dazu nachfolgend Erwägung 2.2) auf.



2.1. Haben Personen und Unternehmen an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen so mitgewirkt, dass sie den Zuschlag zu ihren Gunsten beeinflussen können, dürfen sie sich gemäss Art. 5bis der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 811.11, VöB) am Vergabeverfahren nicht beteiligen.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedingt die gleiche und nicht diskriminierende Behandlung aller Anbieter, dass kein Konkurrent unlautere Vorteile gegenüber einem anderen erlangen kann. Somit sind sogenannte vorbefasste Anbieter, also jene die nicht bloss untergeordnet bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens mitgewirkt haben, aus diesem Verfahren auszuschliessen; eine Mitwirkung auf beiden Seiten (Auftraggeber und Offerent) ist unzulässig (BGer 2D_29/2012 vom 21. November 2012 E. 5). Eine Gefahr der Beeinflussung der Vergabebehörde kann unter anderem auch im vorgängigen persönlichen Kontakt bestehen (BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, in: ZBI 106/2005 S. 473 ff., E. 3.1). Auf die Zulassung von Bewerbern zur Submission lässt sich allerdings die Rechtsprechung zur Ausstandspflicht von Richtern, welche letztere schon durch den objektiv begründeten Anschein der Befangenheit gegeben sein kann, nicht übertragen. Ein Unternehmer muss sich seinen Ausschluss von einer Submission nicht gefallen lassen, solange ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil aus Vorbefassung nicht erwiesen ist. Die Beweislast hierfür obliegt im Streitfall, soweit keine gegenteilige Regelung besteht, nach allgemeinen Grundsätzen nicht dem vorbefassten Anbieter (der immerhin im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Abklärung beizutragen hat), sondern dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten auf den Zuschlag verspricht (vgl. BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, in: ZBI 106/2005 S. 473 ff., E. 5.7.3; VerwGE B 2010/269 vom 12. April 2011 = GVP 2011 Nr. 35 E. 3).

Die Ausschreibung betrifft die Erbringung von Bauingenieurdienstleistungen zur Umsetzung des von der Gähler Architekten AG ausgearbeiteten Projekts (act. 8/9, Honorarofferte Beilage 1 Planunterlagen Wettbewerbsprojekt). Die Vorinstanz hat die Verfasserin des Projekts mit dem Verfahren zur Ausschreibung und Vergabe betraut. Dementsprechend oblag auch die Auswertung der Angebote der Gähler Architekten AG (act. 3/3). Aus den eingereichten Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass



die Beschwerdegegnerin und insbesondere Erich Bischof in irgendeiner Form beim Verfassen von Projektgrundlagen, beim Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder beim Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen mitwirkten. Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin in die Lage kam, die Ausschreibung zu ihren Gunsten entscheidend zu beeinflussen. Ebensovienig ist ersichtlich, weshalb die Beschwerdegegnerin gegenüber den übrigen Anbietern über einen Wissensvorsprung verfügt haben sollte. Wie alle anderen Anbieter musste auch sie ihr Angebot nach dem vorgegebenen Wettbewerbsprojekt ausrichten.

2.2. Behördemitglieder haben gemäss Art. 11 Ingress und lit. d IVöB in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 Ingress und lit. b VRP von sich aus in den Ausstand zu treten, unter anderem wenn sie Angestellte einer an der Angelegenheit beteiligten Person sind.

Das Angebot der Beschwerdegegnerin hat Erich Bischof, der gleichzeitig Vizepräsident des Stiftungsrates der ausschreibenden Institution ist, unterzeichnet. Bei einer allfälligen Ausführung des Projekts obläge ihm bei der Beschwerdegegnerin die Gesamtprojektleitung (act. 8/9, Honorarofferte Beilage 2, Seite 3). Dieser offenkundigen Interessenkollision hat er Rechnung getragen, indem er beim Entscheid der Vorinstanz über die Vergabe am 4. Dezember 2014 in den Ausstand trat (act. 8/12).

Die Beschwerdeführerin hegt den Verdacht, die Beschwerdegegnerin habe Einfluss auf die Bewertung der Angebote genommen. Sie fragt sich, wie die Beschwerdegegnerin behaupten könne, die Parteien hätten "je mehrere Referenzen genannt, aus welchen ... zwei ausgewählt" worden seien, wenn die Bewertung der Angebote tatsächlich vollständig extern von der Gähler Architekten AG vorgenommen worden sei. In der Tat kann sich fragen, wann und auf welchem Weg die Beschwerdegegnerin in Erfahrung brachte, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot "je mehrere Referenzen genannt" hat (Ziffer 6 der Stellungnahme vom 8. Januar 2015, act. 9, S. 5). Allerdings kann daraus noch nicht geschlossen werden, die Beschwerdegegnerin und insbesondere Erich Bischof habe bereits im Zeitpunkt der Evaluation der Angebote durch die Gähler Architekten AG entsprechende Kenntnis gehabt und auf die Bewertung der Referenzobjekte Einfluss genommen.



2.3. Zusammenfassend ergeben sich keine ausreichend konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund einer Vorbefassung vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen oder dass sie oder Erich Bischof in einer die Ausstandsregeln verletzenden Weise auf den Vergabeentscheid einwirkten.

3. Die Beschwerdeführerin rügt, beim Zuschlagskriterium "Projektorganisation, Projektleiter, Referenzen" seien nachträglich das zusätzliche und erst mit dem Vergabeentscheid bekannt gegebene Unterkriterium "Einhaltung der Planungstermine" eingeführt (dazu nachfolgend Erwägung 3.2) und das Unterkriterium "Referenzen" in die Teilaspekte "Referenzauskünfte" und "Referenzobjekte" (dazu nachfolgend Erwägung 3.3) aufgeteilt worden. Damit habe die Vorinstanz das Transparenzprinzip verletzt.

3.1. 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). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war deshalb beispielsweise mit Blick auf das Transparenzgebot nicht zu beanstanden, dass bei der Bewertung der Angebote das Zuschlagskriterium "Qualität" in die Teilaspekte "Referenzen", "Qualitätsmanagement", "Eigenleistung beziehungsweise Subunternehmer", "Erfahrung des Schlüsselpersonals" und "Qualität des Angebots" und das Zuschlagskriterium "Wiederverwendung des Belagfräsguts" in die Teilaspekte "Aufzeigen neuer Verwendungsmöglichkeiten", "Abnahmebestätigungen von Aufbereitungsanlagen" sowie "Materialbewirtschaftung und ökologische Wiederverwendung" gegliedert wurden (vgl. BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 2.1.1 und 2.2). Inwieweit Art. 34 Abs. 3 VöB, wonach allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung bekannt zu geben sind, strengere Voraussetzungen schafft (vgl. dazu VerwGE B 2011/191 vom 14. Februar 2012 E. 2.3, www.gerichte.sg.ch), kann offen bleiben. Vorliegend sind den



Bewerbern die als Unterkriterien bezeichneten Bewertungselemente in der Form entsprechender Fragestellungen mit den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben worden. Die Unterteilungen bewegen sich sodann im Rahmen der als Zuschlagskriterien bezeichneten Bewertungselemente. Im Übrigen ist die Beschwerde aus andern Gründen ohnehin gutzuheissen.

3.2. Mit der Unterteilung des Kriteriums "Projektorganisation" in die Teilaspekte "Organisation" und "Termineinhaltung" hat die Vorinstanz keinen Beurteilungsmassstab eingeführt, mit welchem eine Anbieterin nicht rechnen musste. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Rahmentermine, insbesondere der Baubeginn im November 2015 und der Bezug im November 2017 (act. 8/6, Ziff. 26 der Honorarofferte), bekannt gegeben. Die Vorinstanz durfte die Angebote unter dem bekannt gegebenen Kriterium "Projektorganisation" auch nach der Aussicht auf die "Einhaltung der Planungstermine" beurteilen, zumal – wie sie zu Recht geltend macht – die Einhaltung der Planungstermine ein wesentliches und überprüfbares Ziel jeder Projektorganisation sein muss. Das Kriterium "Einhaltung der Planungstermine" geht – entsprechend der im Bauwesen zu erwartenden und eine zentrale Rolle spielenden Termintreue – nicht über das hinaus, was unter "Projektorganisation" als sachlich voraussehbar zu beurteilen ist.

3.3. Die Vorinstanz hat zur Benotung der Angebote nach dem (Teil-)Kriterium "Referenzen" auf die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte und die dazu erteilten Referenzauskünfte abgestellt. Der Begriff der Referenz beschlägt die Auskunft als solche sowie die Stelle oder Person, auf die verwiesen wird (vgl. Duden, Bedeutungswörterbuch, Mannheim 1970, S. 519). Der Begriff des Referenzobjekts geht damit an sich über den eng verstandenen Begriff der Referenz hinaus. Indessen ist offenkundig, dass sich eingeholte Auskünfte auf bestimmte Objekte beziehen müssen. Nachdem in den Ausschreibungsunterlagen nach je einem hinsichtlich der Aufgabenstellung (z.B. Pflegeheim, Spital, öffentliche Bauten oder ähnliches) und hinsichtlich der Konstruktion (Sicht-Ortbetonfassade) vergleichbaren Referenzauftrag gefragt worden war (vgl. lit. j der Beilage 2 zur Honorarofferte), war für die Anbieter offensichtlich, dass Referenzauskünfte zu diesen Objekten eingeholt würden. Nachvollziehbar ist auch, dass die Bedeutung von Referenzauskünften vom Grad der Vergleichbarkeit der Objekte mit dem Gegenstand der Ausschreibung, auf die sie sich



beziehen, abhängt. Die – in den Ausschreibungsunterlagen nicht bekannt gegebene – Aufschlüsselung des (Teil-)Kriteriums "Referenzen" in Objekte und dazu erteilte Auskünfte stellt deshalb keine veränderte Umschreibung eines Zuschlagskriteriums dar. Sie führt weder neue Zuschlagskriterien ein noch ändert sie solche wesentlich ab. Vielmehr dient sie der transparenten Bewertung der Angebote bezüglich eines bekannt gegebenen (Teil-)Kriteriums.

3.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz mit der Berücksichtigung der zu erwartenden Termineinhaltung beim Zuschlagskriterium "Projektorganisation" sowie mit der Aufgliederung des (Teil-)Kriteriums "Referenzen" in die Teilaspekte "Referenzobjekte" und "Referenzauskünfte" bei der Bewertung lediglich die mit der Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verfeinert hat. Die Vorinstanz hat die Angebote nur aufgrund von Faktoren bewertet, deren Berücksichtigung für die Offerenten absehbar war. Das Transparenzgebot wurde deshalb nicht verletzt. Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin weder geltend noch liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die Vorinstanz das Bewertungsschema bereits vor der Ausschreibung erarbeitet hatte und deshalb zur entsprechenden Bekanntgabe in der Ausschreibung verpflichtet gewesen wäre (vgl. BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 2.1.2 mit Hinweis auf BGer 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 2c).

4. Die Beschwerdeführerin beanstandet sodann die Gewichtung des Preiskriteriums (dazu nachfolgend Erwägung 4.2) und des (Teil-)Kriteriums "Referenzen" (dazu nachfolgend Erwägung 4.3).

4.1. Art. 34 Abs. 2 VöB nennt – nicht abschliessend – Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Die Bestimmung räumt dem Auftraggeber einen weiten Ermessensspielraum ein. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. VerwGE B 2010/57 vom 11. Mai 2010 E. 3.1; GVP 2006 Nr. 58). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt 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 die ausgeschriebene Arbeit ist, desto mehr rücken neben dem Preis auch andere Kriterien wie Qualität, Termine oder Umweltaspekte in den Vordergrund. Allerdings wird der Grundsatz, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte, bei einer Gewichtung des Preises im Umfang von weniger als 20 Prozent seines Gehalts entleert (vgl. BGer 2P. 230/2006 vom 5. März 2007 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 129 I 313 E. 9.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 880).

4.2. Die von der Vorinstanz vorgenommene Gewichtung der Zuschlagskriterien – "Projektorganisation, Projektleiter, Referenzen" 40 Prozent, "Angebotspreis" 30 Prozent, "Innovation/Qualität" 24 Prozent, "Regietarife" 6 Prozent – entspricht der – von der Beschwerdeführerin bei der Ausschreibung nicht beanstandeten – Reihenfolge, in welcher die Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen (act. 8/6 Ziffer 33 der Honorarofferte) aufgeführt wurden. Für die Beschwerdeführerin war damit bereits aus der – selbständig anfechtbaren – Ausschreibung und aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich, dass die Auftraggeberin dem Preis im Vergleich zum anbieterbezogenen Kriterium, in welchem sich die Erfahrung der Anbieter widerspiegelt, weniger Gewicht beimass. Die Gewichtung des Preises mit 30 Prozent beachtet immerhin die in der Rechtsprechung entwickelte 20-Prozent-Regel. Die angefochtene Zuschlagsverfügung betrifft die Ausschreibung der Bauingenieurdienstleistungen für den Neubau eines Wohn- und Pflegezentrums hinsichtlich der Wasserhaltung (BKP 176), des Baugrubenaushubs (BKP 201), der Beton- und Stahlbetonarbeiten (BKP 211.5 und 411.5) und der Belagsarbeiten (BKP 425) sowie die Kanalisationsplanung innerhalb und ausserhalb des Gebäudes (BKP 211.4 und 411.4); hinzu kommt die Erarbeitung von statischen wie gestalterischen Konzepten in Zusammenarbeit mit dem Architekten bezüglich Erdbbensicherheit sowie Erstellung sämtlicher benötigter Ausführungs- und Detailpläne für die Sichtbetonarbeiten (Ziffer 21 der Honorarofferte; act. 3/2). Die Gewichtung des Preises mit 30 Prozent und der anbieterbezogenen Kriterien mit 40 Prozent ist mit Blick auf diesen Leistungsumfang sachlich gerechtfertigt und liegt jedenfalls in dem der Vorinstanz zustehenden Ermessensbereich.

4.3. Die Beschwerdeführerin rügt, dass innerhalb des ersten Zuschlagskriteriums das (Teil-)Kriterium "Referenzen" mit 16 Punkten gegenüber den anderen (Teil-)Kriterien



St.Galler Gerichte

Projektorganisation, Projektleitung, Einhaltung der Planungstermine mit je 8 Prozent überproportional gewichtet worden sei. Das erwecke den Verdacht, dass nachträglich mit der Bewertung der Referenzobjekte die Preisunterschiede relativiert werden sollten. Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Gewichtung mit 16 Prozent sei nicht überproportional, weil anhand der Referenzen beurteilt werden könne, ob sich Projektorganisation und -leiter bewährten.

Es trifft zu, dass die Vorinstanz beim ersten Zuschlagskriterium das zuletzt genannte (Teil-)Kriterium der Referenzen im Vergleich zu den anderen (Teil-)Kriterien doppelt gewichtete. Gibt die Vergabebehörde aus freien Stücken Teil- beziehungsweise Unterkriterien bekannt, sind nähere Ausführungen dazu grundsätzlich entbehrlich (vgl. BGer 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 7.5). Zwar sieht Art. 34 Abs. 3 VöB vor, dass auch allfällige Unterkriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung bekannt gegeben werden. Fraglich ist, ob eine entsprechende Verpflichtung insbesondere auch dann besteht, wenn Unterkriterien lediglich die publizierten Zuschlagskriterien konkretisieren. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung drängt es sich nicht auf, aus dem Transparenzgebot eine allgemeine Verpflichtung der Submissionsbehörde zur vorgängigen Bekanntgabe der punktemässigen Gewichtung von Unterkriterien abzuleiten (vgl. BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 2.1.3). Ob aber angesichts des klaren Wortlauts von Art. 34 Abs. 3 VöB auch bei der Bekanntgabe von Teil- beziehungsweise Unterkriterien aus der Reihenfolge der Nennung auf die Gewichtung geschlossen werden muss, kann offen bleiben, da das Angebot der Beschwerdeführerin selbst bei der Beibehaltung der von der Vorinstanz angewandten Gewichtung – wie darzulegen sein wird – als wirtschaftlich günstigstes zu beurteilen ist.

5. Die Beschwerdeführerin rügt die Bewertung ihres Angebots. Sie erachtet die Benotung der Termineinhaltung (dazu nachfolgend Erwägung 5.1) und ihrer beiden Referenzobjekte (dazu nachfolgend Erwägung 5.2) als nicht nachvollziehbar und beanstandet die gewählte Preiskurve (dazu nachfolgend Erwägung 5.3).

5.1. Nach welchen Gesichtspunkten beurteilt wurde, in welchem Ausmass ein Anbieter für die Einhaltung der Planungstermine garantieren kann, lässt sich weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch aus der Bewertungsmatrix – die Beschwerdeführerin erzielte 7, die Beschwerdegegnerin 8 Punkte – ableiten. Inwiefern



St.Galler Gerichte

die Vorinstanz aus den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Unterkriterien "Projektorganisation", "Projektleiter" und "Referenzen" auf eine geringere Wahrscheinlichkeit der Einhaltung der Planungstermine durch die Beschwerdeführerin schliesst, lässt sich nicht nachvollziehen (vgl. act. 8/17).

5.2. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin beruht die Bewertung des (Teil-)Kriteriums Referenzobjekte ausschliesslich auf der rein subjektiven Einschätzung des Architekturbüros. Die Nachvollziehbarkeit sei damit vorweg nicht gegeben.

5.2.1. In der verfahrensleitenden Verfügung vom 14. Januar 2015 wurde aufgrund einer summarischen Prüfung festgestellt, die unterschiedliche Bewertung der zu den Referenzobjekten eingeholten Auskünfte bei der Beschwerdeführerin (Einfamilienhaus B. W.: Auskünfte "hervorragend", "durchwegs sehr gut" und "mehrheitlich sehr gut" , Bewertung "teilweise mangelhaft"; Familien-, Pflege- und Alterswohnungen A.-strasse Z.: Auskünfte "durchwegs sehr gut", Bewertung "mehrheitlich mangelhaft") und bei der Beschwerdegegnerin (Neubau Turnhalle T. C.: Auskünfte "hervorragend" und "durchwegs sehr gut", Bewertung "durchwegs sehr gut"; Gewerbehaus D.-strasse Q.: Auskünfte "hervorragend" und "durchwegs sehr gut", Bewertung "durchwegs sehr gut") habe die Vergabebehörde nicht begründet. Obwohl die Auskünfte bei der Beschwerdeführerin mit 41 und 42 Punkten und damit mit rund 90 Prozent der je 46 Punkte, welche die Beschwerdegegnerin erzielte, bewertet wurden, seien die Referenzen der Beschwerdeführerin noch mit 5 Punkten, das heisst mit rund 35 Prozent der von der Beschwerdegegnerin erzielten Punktzahl benotet worden. In der Beschwerdevernehmlassung begründet die Vorinstanz die Abweichung damit, beim Zuschlagskriterium der Referenzen sei insbesondere bewertet worden, in wie weit sie "ähnliche Bauaufgaben wie das geplante Bauvorhaben darstellen oder lösen".

5.2.2. Die Vorinstanz hat das erste Referenzobjekt Familien-, Pflege- und Alterswohnungen A.-strasse, Z., der Beschwerdeführerin als "mehrheitlich mangelhaft" mit 2, das entsprechende Referenzobjekt Gewerbehaus Q. der Beschwerdegegnerin als "durchwegs sehr gut" mit 7 von 8 Punkten bewertet. Sie führt aus, beim Referenzobjekt der Beschwerdeführerin handle es sich um einen zweigeschossigen Bau, der sich weder hinsichtlich der Sichtbetonqualität noch dem architektonischen Wert, der Detaillierung und der integralen Komplexität als Vergleichsobjekt eigne. Ein



St.Galler Gerichte

erfahrener Ingenieur könne schon auf Grund der Projektvisualisierung ziemlich genau die Schwierigkeiten hinsichtlich der Sichtbetonfassade abschätzen. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, beim ersten Referenzobjekt sei nach entsprechender Aufgabenstellung (z.B. Pflegeheim, Spital, öffentliche Bauten oder ähnliches) gefragt worden.

Weshalb das erste Referenzobjekt der Beschwerdeführerin, welches ebenfalls die Funktion eines Wohn- und Pflegezentrums erfüllt, bezüglich der Vergleichbarkeit der Aufgabenstellung in diesem Ausmass schlechter zu beurteilen ist, als das von der Vorinstanz bewertete Referenzobjekt der Beschwerdegegnerin, ist nicht nachvollziehbar. Der von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang vorgebrachte Hinweis auf die Sichtbetonqualität zielt im Übrigen auf die technischen Anforderungen, welche Gegenstand des zweiten erfragten Referenzobjektes sind.

Die Vorinstanz hat das zweite Referenzobjekt Einfamilienhaus B., W., der Beschwerdeführerin als "teilweise mangelhaft" mit 3, das entsprechende Referenzobjekt Neubau Turnhalle C., T., der Beschwerdegegnerin als "durchwegs sehr gut" mit 7 von 8 Punkten bewertet. Sie führt aus, das Referenzobjekt der Beschwerdeführerin sei in schalungsglattem Beton erstellt. Es habe keine grosse Ausdehnung, so dass die Bemerkung "mit wenig Fugen" eher negativ verstanden werde. Ein anspruchsvolles Betonhaus mit hohem architektonischem Wert wäre bestimmt ohne Dilatationsfugen ausgeführt worden. Dies werde beim Pflegezentrum mit einer Länge von 80 Metern ein Thema sein. Nur eine Stütze in der Tiefgarage unter dem Pool werde nicht als besondere Ingenieurleistung gewertet. Es fehle die integrale Komplexität.

Das zweite Referenzobjekt sollte dem Ausschreibungsobjekt hinsichtlich der Konstruktion (Sicht-Ortbetonfassade) entsprechen. Das Einfamilienhaus weist gemäss Beschrieb einen Grundriss mit spitzen und stumpfen Winkeln auf und wurde aussen komplett in Sichtbeton mit sehr wenig Fugen und mit bündig mit der Fassade eingebauter Markise erstellt. Der Bauherr wird als "ausserordentlich anspruchsvoll" beschrieben. Die Beschwerdeführerin hat die Herausforderung gemäss Referenzauskunft hervorragend gemeistert. Erwähnt wird insbesondere der Umstand, dass zwei Geschosse – in Sicht-Ortbeton – ohne sichtbare Fuge erstellt worden seien



(act. 8/10). Bei dieser Beschreibung des Vergleichsobjekts ist nicht nachvollziehbar, weshalb das – wenn auch kleinere – Referenzobjekt der Beschwerdeführerin hinsichtlich der bautechnischen Anforderungen mit dem ausgeschriebenen Objekt im Ausmass der vorinstanzlichen Bewertung schlechter vergleichbar sein soll als das entsprechende Referenzobjekt der Beschwerdegegnerin. Insbesondere bleibt unklar, weshalb die Hinweise auf die fugenlose Ausführung der Ortbetonfassade und die statische Anforderung beim Bau der Tiefgarage sich für die Bewertung des Referenzobjektes nicht bloss nicht günstig, sondern sogar ungünstig auswirken sollen.

5.2.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz bei der Festlegung der Anforderungen an die beiden Referenzobjekte klar zwischen funktionaler (entsprechende Aufgabenstellung: Pflegeheim Spital, öffentliche Bauten oder ähnliches) und technischer Vergleichbarkeit (entsprechende Konstruktion: Sicht-Ortbetonfassade) unterschieden hat. Weshalb das Referenzobjekt der Beschwerdeführerin mit Familien-, Pflege- und Alterswohnungen mit dem von der Vorinstanz geplanten Wohn- und Pflegezentrum klar schlechter vergleichbar sein soll als das Geschäftshaus D.-strasse der Beschwerdegegnerin, welches nicht die Aufgaben eines Wohn- und Pflegezentrums erfüllt, ist nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, weshalb die Erfahrungen der Beschwerdeführerin bei der Realisation eines – zwar kleiner dimensionierten – Objekts, welches allerdings besondere Anforderungen an die Erstellung von Sichtbetonfassaden und statische Herausforderungen mit umfasste, hinsichtlich der technischen Anforderungen deutlich schlechter zu bewerten sind als die Realisation einer Turnhalle.

Das Angebot der Beschwerdeführerin erzielte beim Kriterium Referenzen 5, jenes der Beschwerdegegnerin 14 (von maximal 16 Punkten). Der Rückstand des Angebots der Beschwerdeführerin beträgt insgesamt lediglich 2,2 Punkte. Selbst bei einer geringfügigen Verbesserung der Bewertung der Referenzobjekte erscheint dementsprechend das Angebot der Beschwerdeführerin als das wirtschaftlich günstigere.

5.3. Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine willkürliche beziehungsweise ermessensmissbräuchliche Bewertung des Preiskriteriums. Bei der Festlegung der Preiskurve kommt der Vergabebehörde ein Beurteilungsspielraum zu, dessen



Handhabung grundsätzlich zwar der Rechtskontrolle des Verwaltungsgerichts unterliegt, dieses aber regelmässig eine gewisse Zurückhaltung übt und erst eingreift, wenn die Vergabebehörde den ihr zustehenden Spielraum überschritten hat (vgl. BGer 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 3.2). Wie bereits in der Zwischenverfügung vom 14. Januar 2015 dargestellt, führt die von der Vorinstanz festgelegte Preiskurve dazu, dass sämtliche Angebote mit Preisen unterhalb von 80 Prozent des Durchschnittspreises der eingereichten Angebote (ohne das billigste und das teuerste) beim Preiskriterium gleichermassen die Maximalnote erzielen. Die Bedeutung des – ohnehin relativ tief gewichteten – Preiskriteriums wird damit bei Angeboten mit Preisen, welche – wie das Angebot der Beschwerdeführerin – 20 Prozent oder mehr unter dem Durchschnittspreis liegen, unterlaufen. Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Erwägung 2.2.2 der Zwischenverfügung vom 14. Januar 2015 verwiesen werden.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bewertungsmodell der Vorinstanz einerseits dem tiefen Preis des Angebots der Beschwerdeführerin und andererseits der Vergleichbarkeit ihrer Referenzobjekte mit der ausgeschriebenen Aufgabe nicht ausreichend Rechnung trägt. Angesichts des lediglich geringfügigen Rückstandes bei der Bewertung – 84,4 Punkte für das Angebot der Beschwerdegegnerin, 82,2 Punkte für das Angebot der Beschwerdeführerin – führen die Anwendung einer Preiskurve, welche nicht sämtliche unterhalb einer Grenze von 80 Prozent des Durchschnittspreises liegende Angebotspreise gleichermassen mit der Maximalnote bewerten, und eine nur geringfügig günstigere Beurteilung der Vergleichbarkeit der Referenzobjekte der Beschwerdeführerin dazu, dass ihr Angebot als das wirtschaftlich günstigere zu beurteilen ist. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Die Angelegenheit ist zum Vertragsabschluss an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1, Art. 96bis VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 3'000 – darin eingeschlossen die Kosten der Zwischenverfügung vom 14. Januar 2015 – erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art.



95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der Kostenvorschuss von CHF 3'000 zurückzuerstatten.

Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit mit CHF 4'500 (zuzüglich vier Prozent pauschale Barauslagen) zu entschädigen (Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b und 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Die Beschwerdeführerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2014 aufgehoben.
2. Der Zuschlag der Bauingenieurdienstleistungen für den Neubau des Wohn- und Pflegezentrums Abtwil wird der Beschwerdeführerin erteilt und die Angelegenheit zum Vertragsschluss an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 3'000 – darin enthalten die Kosten der Zwischenverfügung vom 14. Januar 2015 – bezahlen die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit. Der Beschwerdeführerin wird der Kostenvorschuss von CHF 3'000 zurückerstattet.
4. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin entschädigen die Beschwerdeführerin für das Haupt- und das Zwischenverfahren je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit mit CHF 4'500 zuzüglich vier Prozent Barauslagen ohne Mehrwertsteuer.

Der Vizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Linder

Scherrer