



**Fall-Nr.:** B 2014/61  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 11.02.2020  
**Entscheiddatum:** 25.04.2014

### **Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 25.04.2014**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB und Art. 5 EGöB. In tatsächlicher Hinsicht ist unklar, von welchem Preis beim Angebot der Beschwerdeführerin auszugehen ist. Bei einer unrealistisch breiten Preisspanne und einer entsprechend flachen Preiskurve, wurde das – ausschlaggebende – vergabefremde Kriterium "Ausbildung Berufsnachwuchs" zwar mit lediglich fünf Prozent gewichtet, jedoch in einer – nachträglich angepassten – Weise gehandhabt, die nicht offenkundig dem Aspekt der Qualität der Ausbildung Rechnung trägt. Unter diesen Umständen erscheint die Beschwerde ausreichend begründet, so dass mangels entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist (Verwaltungsgericht, Präsidentialverfügung, B 2014/61).**

#### **Verfügung vom 25. April 2014**

In Sachen

Frei & Partner AG, Bauunternehmung, Flawilerstrasse 30, 9500 Wil,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Max Auer, Obere Bahnhofstrasse 48, 9500 Will,

gegen

Politische Gemeinde Oberbüren, vertreten durch den Gemeinderat, 9245 Oberbüren,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,



## St.Galler Gerichte

dieser vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kurt Steiner, Sonnenstrasse 5, Postfach 536,  
9004 St. Gallen,

und

A. Bihler AG, Bauunternehmung, Sandackerstrasse 10, 9245 Oberbüren,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Mehrzweckhalle Niederwil (Baumeisterarbeiten)

### **stellt der Verwaltungsgerichtspräsident fest:**

Die Frei & Partner AG (nachfolgend Gesuchstellerin) hat den vom Gemeinderat der politischen Gemeinde Oberbüren (nachfolgend Gesuchsgegnerin) am 2. April 2014 verfügt und am 3. April 2014 versandten Zuschlag für die Baumeisterarbeiten zum Bau der Mehrzweckhalle Niederwil an die A. Bihler AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) mit Beschwerde vom 14. April 2014 beim Verwaltungsgericht fristgerecht angefochten und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt.

Die Gesuchsgegnerin hat innert der mit verfahrensleitender Verfügung vom 15. April 2014 angesetzten Frist bis 22. April 2014, 12.00 Uhr, beim Verwaltungsgericht die Vergabeakten eingereicht und mit Vernehmlassung vom 22. April 2014 beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolge nicht zu erteilen. Die Beschwerdegegnerin hat stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet.

### **Der Verwaltungsgerichtspräsident erwägt:**

1. Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung hat 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.

2. Die Gesuchstellerin macht geltend, die aufschiebende Wirkung sei regelmässig zu erteilen, wenn – wie vorliegend - die angefochtene Verfügung mangelhaft begründet sei. Bei der Beurteilung des Kriteriums des Preises (50 Prozent) sei ihre Offerte von CHF 792'481.50 einseitig und ohne Begründung wohl auf CHF 798'548.75 erhöht worden. Aus der angefochtenen Verfügung gehe nicht hervor, weshalb eine andere Unternehmung das Kriterium der Qualität (25 Prozent) und der Erfahrung (15 Prozent) besser erfülle als die Gesuchstellerin, welche einen sehr guten Ruf und zahlreiche, auch deutlich grössere öffentliche Bauten insbesondere auch in Sichtbeton qualitativ einwandfrei und zur besten Zufriedenheit der Bauherrschaften ausgeführt habe und deren wesentliche Mitarbeiter alle mehrjährige Berufserfahrung und einen einwandfreien Bildungsstand auswiesen. Es werde auch nicht begründet, weshalb die Beschwerdeführerin hinsichtlich Termin und Ausbildung von Lehrlingen (je fünf Prozent) schlechter als die Konkurrenten sein sollte.

Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, die Gesuchstellerin habe in den Positionen "Bewehrungen" – bei realistischen Preisen von CHF 1.30 bis 1.50 pro Kilogramm – bewusst spekulativ teilweise einen Einheitspreis von zehn Rappen pro Kilogramm eingesetzt, weil sie gemäss telefonischer Rücksprache davon ausgegangen sei, diese Positionen würden gar nicht verwendet. Die Offerte der Gesuchsgegnerin sei klar zum Nachteil der Bauherrschaft, da die Bewehrungen tatsächlich gebraucht würden. Der nachträglich nach Absprache mit der Gesuchsgegnerin eingesetzte Einheitspreis von CHF 1.40 habe zu einem Preis des Angebots von CHF 814'309.56 geführt. Dieser liege über dem Zuschlagspreis von CHF 808'014.60. Beim Kriterium Nachwuchs sei das Verhältnis von Gesamtbestand zu Auszubildenden massgebend. Hier habe die Gesuchstellerin einen Punkt, die Beschwerdegegnerin vier Punkte erhalten. Im Übrigen wäre angesichts der bewusst zu tiefen Eingabe auch ein Ausschluss der Gesuchstellerin vom Verfahren vertretbar und ihr Angebot auch bei einem Preis von CHF 792'481.50 insgesamt tiefer (96 Punkte) als jenes der Beschwerdegegnerin (98 Punkte) zu bewerten gewesen.



3. Gemäss Art. 5 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) kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (vgl. dazu nachfolgend E. 3.1). Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/ Moser/Lang/ Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

3.1. Die Gesuchsgegnerin möchte mit dem Bau der Mehrzweckhalle am 28. April 2014 beginnen und macht geltend, die Gewährung der aufschiebenden Wirkung und das "Durchspielen" eines gesamten Beschwerdeverfahrens führe zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen und stehe deshalb dem Gebot des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln entgegen. Inwieweit die Verzögerung des Baubeginns – abgesehen von den mit einem Rechtsmittelverfahren verbundenen Aufwendungen – mit zusätzlichen Kosten, wie beispielsweise Mieten oder Unterhaltskosten für Ersatzräumlichkeiten, verbunden ist, legt die Gesuchsgegnerin nicht konkret dar. Zudem hat sie selbst das Terminkriterium in der Ausschreibung lediglich mit fünf Prozent gewichtet. Die der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen, soweit solche von der Gesuchsgegnerin überhaupt konkret geltend gemacht werden, wiegen dementsprechend nicht besonders schwer.

3.2. Mit der Beschwerde können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.1) sowie Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.2), nicht aber die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

3.2.1. In tatsächlicher Hinsicht ist umstritten, mit welchem Preis das Angebot der Gesuchstellerin zu berücksichtigen ist. Sie hat für die Baumeisterarbeiten (BKP 211) einen Preis von CHF 792'481.50 offeriert. Darin wurden Bewehrungen, nämlich je acht Tonnen Stabstähle mit Durchmesser von zehn und zwölf Millimetern (Positionen 511.253 und 254), lediglich mit zehn Rappen pro Kilogramm erfasst (act. 6/4 S. 56). Die



## St.Galler Gerichte

Gesuchstellerin behauptet, auf telefonische Nachfrage der Gesuchsgegnerin habe sie die Richtigkeit dieses offerierten Einheitspreises bestätigt und ausdrücklich erklärt, dieser sei auch verbindlich. Ihr Angebot weise somit einen Werklohn von CHF 792'481.50 aus.

Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, die telefonische Rücksprache der Ingenieure Karakurt und Naef von der Nänny + Partner AG vom 14. März 2014 mit Cornel Thür habe ergeben, dass die Gesuchstellerin den Preis bewusst eingesetzt habe und bei der Eingabe davon ausgegangen sei, diese Bewehrungspositionen würden gar nicht verwendet. Man habe somit spekuliert. Damit die Offerte weiterhin berücksichtigt werden konnte, habe Cornel Thür die Ingenieure ersucht, bei den beiden Positionen den Einheitspreis von CHF 1.40 pro Kilogramm einzusetzen (Vernehmlassung vom 22. April 2014 S. 3 f.). Die Vorinstanz ging in der Folge von einem Angebotspreis von CHF 814'309.56 (Differenz CHF 21'828.06) aus.

Bei der jetzigen Aktenlage ist unklar, ob die Gesuchstellerin spekulierte und sie - bei einer Berücksichtigung - höhere Kosten der Gesuchsgegnerin in Rechnung stellen oder aber selbst übernehmen würde. Die Ausführungen der Gesuchsgegnerin stehen zudem in einem gewissen Widerspruch zur Berechnung der Schalungspreise beziehungsweise der Bewehrungen, bei denen bei den beiden Positionen im Angebot der Gesuchstellerin mit einer Erhöhung um – und nicht mit einem Preis von – CHF 1.40 je Kilogramm gerechnet wurde (act. 6/13b). Insgesamt ist damit in tatsächlicher Hinsicht unklar, von welchem Preis beim Angebot der Beschwerdeführerin auszugehen ist.

3.2.2. In rechtlicher Hinsicht fällt bei der konkreten Handhabung der Auswahlkriterien auf, dass schliesslich weder das mit 50 Prozent gewichtete Kriterium "Preis" noch die Kriterien "Qualität" (25 Prozent), "Erfahrung" (15 Prozent) und "Termin" (fünf Prozent), sondern das mit lediglich fünf Prozent gewichtete, an sich vergabefremde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 931) Kriterium "Ausbildung Berufsnachwuchs" für den Zuschlag entscheidend war. Damit fragt sich, ob die Handhabung insbesondere der Kriterien des Preises und der Ausbildung vor den vergaberechtlichen Grundsätzen standhält.



3.2.2.1. Beim Kriterium des Preises wurde das tiefste Angebot – nämlich CHF 798'548.75 – mit 50 Punkten bewertet. Das korrigierte Angebot der Gesuchstellerin wich um 1,97 Prozent ab und wurde mit 49 Punkten bewertet. Das Angebot der berücksichtigten Bewerberin belief sich auf CHF 808'014.60, lag 1,19 Prozent über dem tiefsten Angebot und wurde ebenfalls mit 49 Punkten bewertet. Die mit CHF 1'073'305.80 teuerste, 35,44 Prozent über dem billigsten Angebot liegende Offerte erzielte noch 32 Punkte (act. 6/15). Aus der Benotung des Preiskriteriums sämtlicher Angebote ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin eine Preiskurve auf der Basis einer Preisspanne von 100 Prozent wählte. Mit anderen Worten wäre ein im Vergleich mit dem billigsten doppelt so teures Angebot beim Kriterium des Preises leer ausgegangen.

Jedes Preisbewertungssystem muss dafür sorgen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums bei der konkreten Benotung auch tatsächlich zum Tragen kommt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt. Die Abstufung in der Benotung teurerer Objekte darf also nicht so gewählt werden, dass sich die Preisunterschiede nicht oder nur wenig auswirken würden, weil damit das Preiskriterium praktisch selbst dann umgangen würde, wenn ihm bei der Gesamtgewichtung der Kriterien ein hohes Gewicht zugemessen wurde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 896 und 898).

Die von der Gesuchsgegnerin gewählte Preiskurve geht von einer eher unrealistisch breiten Preisspanne aus und verläuft dementsprechend flach. Das Kriterium des Preises wurde mit 50 Prozent zwar ausreichend gewichtet (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 879 f.), jedoch wirken sich die Preisdifferenzen - insbesondere zusammen mit der konkreten faktischen Handhabung von Qualität, Erfahrung und Termin als Eignungskriterien – nur wenig aus. Umso mehr als die Gesuchsgegnerin zusammen mit der Ausschreibung keine Preiskurve bekannt gab, hätte sie sich bei deren Festlegung an die Preisspanne der eingereichten Angebote halten können (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 901). Dann wäre das teuerste Angebot mit CHF 1'073'305.80 leer ausgegangen. Die Differenz zum billigsten Angebot mit CHF 798'548.75, das heisst CHF 274'757.05 hätte sich auf 50 Punkte verteilt, was rund CHF 5'500 pro Punkt ausgemacht hätte. Das hätte für die Gesuchstellerin zu einer Bewertung ihres – bereinigten – Angebots von CHF 814'309.56 mit 47,2 Punkten



(Abzug von rund 2,8 Punkten) geführt. Für die berücksichtigte Bewerberin hätte sich bei ihrem Angebot von CHF 808'014.60 eine Bewertung von 48,3 Punkten (Abzug von rund 1,7 Punkten) ergeben. Damit wäre immerhin vermieden worden, dass sich die drei billigsten Angebote lediglich um einen einzigen Punkt unterschieden hätten.

3.2.2.2. Beim Kriterium "Ausbildung Berufsnachwuchs" ist die Gesuchsgegnerin davon ausgegangen, dass die Gesuchstellerin bei 51 beschäftigten Personen vier Lehrlinge (neun Prozent) und die Beschwerdegegnerin bei 12 beschäftigten Personen drei Lehrlinge (33 Prozent) ausbildet. Sie hat sich dabei an die Angaben der Gesuchstellerin (act. 6/4 S. 91) und der Beschwerdegegnerin (act. 6/6 S. 66) gehalten. Der Beizug von Subunternehmern, von denen nicht bekannt ist, inwieweit sie Berufsnachwuchs ausbilden, wurde nicht berücksichtigt (act. 6/4 S. 84, 6/6 S. 68). Bei der Bewertung der Angebote unter dem Kriterium "Berufsausbildung Nachwuchs" hat die Gesuchsgegnerin eine Abstufung vorgenommen, indem sie für einen Lehrlingsanteil von mehr als 40 Prozent fünf, für einen Anteil zwischen 30 und 40 Prozent vier, für einen Anteil zwischen 20 und 30 Prozent drei, für einen Anteil zwischen 10 und 20 Prozent zwei Punkte und für einen Anteil unter zehn Prozent einen Punkt vergab. Dies hat dazu geführt, dass das Angebot der Gesuchstellerin mit einem Punkt, jenes der Beschwerdegegnerin mit vier Punkten bewertet wurde.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. I VöB darf für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots unter anderem auch die Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, insbesondere durch Lehrlingsausbildung, berücksichtigt werden. Die Gesuchsgegnerin hat dieses – zulässige – Kriterium mit sozialpolitischer Bedeutung mit fünf Prozent in einem zulässigen Rahmen gewichtet (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 929 ff.) und bei der konkreten Handhabung zu Recht nicht auf die absolute Zahl der Lehrlinge, sondern auf das Verhältnis zur Gesamtzahl der vom Anbieter beschäftigten Personen abgestellt (vgl. VerwGE B 2012/27 vom 3. Juli 2012 E. 3.2). Mit Blick auf die Qualität der Ausbildung hat das Verwaltungsgericht aber auch eine Skala, welche einem Verhältnis zwischen der Zahl der Lernenden und der Zahl der Fachkräfte von zehn bis vierzig Prozent die maximale Punktzahl und davon abweichenden Verhältnissen tiefere Punktzahlen zuordnete, als sachgerecht beurteilt (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 3.3.2).



Unter dem Aspekt der Qualität fragt sich, ob das mit vier Punkten bewertete Verhältnis von drei Lehrlingen auf fünf ausgebildete Mitarbeiter und vier Hilfskräfte so viel besser ist als das mit einem Punkt bewertete Verhältnis von vier Lehrlingen – ohne Berücksichtigung von Praktikanten – auf 33 ausgebildete Mitarbeiter und 14 Hilfskräfte. Beim Kriterium "Ausbildung Berufsnachwuchs" handelt es sich zudem neben dem mit einer flachen Kurve erfassten Preis um das einzige bedeutsame und zudem ausschlaggebende Leistungskriterium. Zudem passte die Gesuchsgegnerin dessen Handhabung nach der vorläufigen Bewertung der Angebote durch ein Architekturbüro an (act. 6/14). Die Bewertung der Angebote hält damit vor den zentralen vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz nicht offenkundig stand.

4. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde deshalb mit Blick auf die nicht besonders schwergewichtigen öffentlichen und privaten Interessen am sofortigen Vertragsabschluss und der unmittelbaren Arbeitsaufnahme als ausreichend begründet. Dem Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist deshalb zu entsprechen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung insbesondere bezüglich der Dringlichkeit des Vorhabens neu vorzunehmen ist.

5. Die Vorinstanz, soweit sie dies nicht bereits getan hat, und die Beschwerdegegnerin sind aufzufordern, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 9. Mai 2014 (die Gerichtsferien gelten nicht) zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen würde.

6. Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

### **und verfügt:**

1./ Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.



## St.Galler Gerichte

2./ Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.

3./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 9. Mai 2014 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