



Fall-Nr.: B 2015/228
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 25.02.2016
Entscheiddatum: 25.02.2016

Entscheid Verwaltungsgericht, 25.02.2016

Öffentliches Beschaffungsrecht, Art. 31 VöB. Die Beschwerdeführerin hat keine Referenzobjekte bezeichnet, welche das in den Einladungsunterlagen festgelegte Mindestvolumen erreichten. Die Vergabebehörde hat nicht überspitzt formalistisch gehandelt, wenn sie der Beschwerdeführerin nicht Gelegenheit gab, ihr Angebot soweit möglich mit ausreichenden Referenzangaben zu ergänzen (Verwaltungsgericht, B 2015/228). Entscheid vom 25. Februar 2016

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder, Heer, Bietenharder, Zindel;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Malerei Fischbacher AG, Obere Rosenbergstrasse 1a, 9244 Niederuzwil,

Beschwerdeführerin,

gegen

Politische Gemeinde Uzwil, vertreten durch den Gemeinderat, 9240 Uzwil,

Vorinstanz,



und

Harzenmoser Maler + Gipser AG, Schützenwiesweg 4, 9240 Uzwil,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Piergiorgio Giuliani, Ebni 3, Postfach,
9053 Teufen,

Gegenstand

Vergabe Gemeindehaus Lindenstrasse (Malerarbeiten)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Die Politische Gemeinde Uzwil schrieb die Malerarbeiten für den Neubau des Gemeindehauses im Einladungsverfahren aus. In den Einladungsunterlagen wurde unter anderem die Bezeichnung von drei vergleichbaren nicht mehr als sechs Jahre zurückliegenden Referenzobjekten mit einem Auftragsvolumen von mehr als („>“) CHF 50'000 als Eignungskriterium festgelegt (act. 10.2; Ziffer 1.2 und 2.9). Innert der bis 11. August 2015 laufenden Frist reichten vier Anbieter, darunter die Malerei Fischbacher AG und die Harzenmoser Maler + Gipser AG, je eine Offerte ein. Die von der Malerei Fischbacher AG bezeichneten Referenzobjekte wiesen durchwegs ein Auftragsvolumen von weniger als CHF 50'000 auf (act. 7, Angebot Fischbacher Ziffer 2.9). Die Politische Gemeinde Uzwil vergab den Auftrag mit Verfügung vom 22. September 2015 zum Preis von netto CHF 108'704.50 inklusive Mehrwertsteuer an die Harzenmoser Maler + Gipser AG, deren Angebot mit 3.49 von maximal möglichen 4 Punkten bewertet worden war (act. 2 und 7.10; 3.60 Punkte gemäss Bewertungstabelle act. 7.4, welche auf von den Einladungsunterlagen abweichenden Gewichtungen der Zuschlagskriterien beruht).



B. Die Malerei Fischbacher AG (Beschwerdeführerin), deren Angebot zum Preis von netto CHF 88'896.75 inklusive Mehrwertsteuer mit 2.68 Punkten (2.08 Punkte gemäss Bewertungstabelle act. 7.4) – für ihre Referenzen ging sie leer aus – bewertet worden war und den letzten Rang erreicht hatte, erhob gegen die am 30. September 2015 versandte Zuschlagsverfügung der Politischen Gemeinde Uzwil (Vorinstanz) mit Eingabe vom 5. Oktober 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, die Arbeitsvergabe an die Harzenmoser Maler + Gipser AG (Beschwerdegegnerin) sei nochmals zu prüfen. Aus diesem Antrag und dem Hinweis auf die grosse preisliche Differenz ihres Angebots zu jenem der Zuschlagsempfängerin leitete der Präsident des Verwaltungsgerichts ein sinngemäßes Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab, dem er mit Zwischenverfügung vom 15. Oktober 2015 ohne nähere Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde entsprach, nachdem sich die Vorinstanz dagegen nicht ausdrücklich zur Wehr gesetzt hatte.

Die Beschwerdegegnerin beantragte durch ihren Rechtsvertreter mit Vernehmlassung vom 4. November 2015 die Abweisung der Beschwerde. Die Vorinstanz verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung.

Auf die Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung sowie der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. 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). Die Beschwerdeführerin, deren nicht berücksichtigtes Angebot zwar mit einem Rückstand von 0.81 Punkten – bei einem Maximum von 4 Punkten – als wirtschaftlich ungünstigstes beurteilt wurde, hat reelle Chancen auf den Zuschlag, wenn ihrer Auffassung entsprochen würde, die Vorinstanz hätte ihr Gelegenheit geben müssen, ihr mit Abstand billigstes Angebot mit den Anforderungen in den Einladungsunterlagen entsprechenden Referenzangaben zu



ergänzen. Sie ist dementsprechend zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde gegen die am 30. September 2015 versandte Zuschlagsverfügung wurde mit Eingabe vom 5. Oktober 2015 rechtzeitig erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz hätte die offensichtlich fehlerhaften Referenzangaben erkennen und ihr Gelegenheit geben müssen, das Angebot diesbezüglich zu bereinigen. Die Vorinstanz hätte sodann die eigenen Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin berücksichtigen müssen.

2.1. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) kann der Auftraggeber einen Anbieter, der die Eignungskriterien nicht erfüllt, vom Vergabeverfahren ausschliessen. Ausgeschlossen werden kann gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB auch, wer wesentliche Formvorschriften insbesondere des Vergabeverfahrens verletzt.

In den Einladungsunterlagen wird zum Verfahren festgehalten, nach der Zustellung des Offertöffnungsprotokolls an die Offertsteller erfolgten die rechnerische und inhaltliche Kontrolle und anschliessend der Vergabeantrag an die zuständige Stelle (Ziffer 1.11). Zu den Anforderungen an die Referenzangaben wird ausgeführt, die Referenzobjekte seien „zwingend vollständig auszufüllen“. Nebst den drei Referenzobjekten des Unternehmens sei auch eine Objektreferenzliste mit mindestens zwei bis vier weiteren Referenzen anzugeben. Die Referenzobjekte dürften nicht älter als sechs Jahre sein und die Auftragssumme je Objekt müsse mehr als („>“) CHF 50'000 betragen. In den Einladungsunterlagen werden die vergleichbaren Referenzobjekte als Eignungskriterien bezeichnet (Ziffer 1.2). Referenzobjekte, welche diese Grundkriterien nicht erfüllten, würden nicht bewertet (Ziffer 2.9 der Einladungsunterlagen). Mit der Unterschrift unter dem Angebot bestätigte der Anbieter ausdrücklich, zur Kenntnis genommen und anerkannt zu haben, dass die Unternehmung bei falschen oder unvollständigen Angaben vom Verfahren ausgeschlossen werden könne (Ziffer 7 der Einladungsunterlagen).



Die drei von der Beschwerdeführerin benannten Unternehmensreferenzen betrafen Objekte mit Auftragssummen von weniger als CHF 50'000 (CHF 9'280, CHF 30'992 und CHF 30'270). Die Angaben zu den Referenzen waren zudem unvollständig. So fehlten bei den beiden Objekten, welche nicht die Gemeinde Uzwil betrafen, Angaben zu Kontaktpersonen (art. 7.6 und 7.7). Ob die Vorinstanz für das Angebot der Beschwerdeführerin auch einen Ausschluss hätte prüfen dürfen, nachdem die Referenzangaben, soweit sie Alter und Auftragsvolumen betrafen, in den Einladungsunterlagen als Eignungskriterium bezeichnet worden waren, kann offen bleiben. Indem sie die Referenzen der Beschwerdeführerin nicht bewertete, hat sich die Vorinstanz an ihre Androhung in den von der Beschwerdeführerin akzeptierten Einladungsunterlagen gehalten, Referenzen, welche diese „Grundkriterien“ nicht erfüllten, nicht zu bewerten. Dementsprechend ergibt sich, dass einerseits die Beschwerdeführerin die Verfahrensvorschriften gemäss Einladungsunterlagen nicht eingehalten hat und andererseits die Vorinstanz ihrer Androhung entsprechend die Referenzen, welche die „Grundkriterien“ nicht erfüllten, nicht bewertet hat. Zu prüfen bleibt, ob dieses ausdrücklich angedrohte und von der Beschwerdeführerin mit der Unterzeichnung des Angebots akzeptierte Vorgehen vor dem Verbot des überspitzten Formalismus standhält.

2.2. Überspitzter Formalismus ist eine spezielle Form der Rechtsverweigerung und liegt insbesondere vor, wenn eine Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV), der auch im Lichte von Art. 5 und 9 BV zu würdigen ist (J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. 1999, S. 500; BGE 124 II 265 E. 4a S. 270), ist verletzt, wenn die strikte Einhaltung einer Formvorschrift durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum Selbstzweck wird und auf unhaltbare Weise die Verfolgung des materiellen Rechts behindert oder kompliziert (BGer 2P.66/2001 vom 2. Juli 2001 E. 2a mit Hinweis auf BGE 125 I 166 E. 3a mit weiteren Hinweisen).

Gemäss Art. 31 VöB prüft der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien (Abs. 1), korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler (Abs. 2) und kann vom Anbieter schriftlich festzuhaltende Erläuterungen verlangen, wenn Angaben eines



Angebots unklar sind. Verhandlungen können gemäss Art. 33 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 VöB unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Regeln geführt werden, soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen sind.

2.3. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, ein Anbieter dürfe nicht wegen Fehlens von geforderten technischen Detailangaben zu in der Offerte genannten Referenzen vom Verfahren ausgeschlossen werden beziehungsweise es sei ihm die Gelegenheit einzuräumen, diese Angaben nachzuliefern. Sie wird damit begründet, es handle sich um objektiv feststellbare Informationen, die sich in der Zeit zwischen der Offerteingabe und der Nachreichung nicht veränderten und die nicht im Sinn von Willenserklärungen offeriert würden, sondern schlichte Mitteilungen betreffend ohnehin feststehende Tatsachen darstellten. Es sei kein hinreichender Zweck für einen Offertausschluss ohne Chance zur Nachbesserung zu erkennen; weder die gewonnene Zeit des Anbieters noch die nicht ganz auszuschliessende Gefahr eines Sittenzerfalls im Vergabeverfahren könne die allfällige Unwirtschaftlichkeit eines so begründeten Ausschlusses rechtfertigen (vgl. M. Beyeler, Vergaberechtliche Urteile 2012-2013, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 467 ff., Rz. 124).

Dieser in der Literatur vertretenen Auffassung kann entgegen gehalten werden, dass der Anbieter sich regelmässig verpflichtet, ein vollständiges Angebot einzureichen. Wie sich aus Art. 31 VöB ergibt, ist die Vergabebehörde grundsätzlich nicht verpflichtet, Angebote verbessern zu lassen. Vielmehr ergibt sich aus dem Verhandlungsverbot gemäss Art. 33 VöB das Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde. Auch aufgrund von Erläuterungsbegehren der Vergabestelle dürfen die betreffenden Anbieter ihr Angebot nicht abändern, sondern nur Klarstellungen und Präzisierungen von vorhandenen Offertinhalten im Hinblick auf die Offertbereinigung liefern. Nach der Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts ist es deshalb unzulässig, im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren Referenzen nachzureichen. Eine nachträgliche Präzisierung eines Angebots kommt nur infrage, wenn es sich um untergeordnete Nebenpunkte handelt oder ein Missbrauch aufgrund der Umstände



nicht denkbar ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 714 mit Hinweisen auf die zürcherische Rechtsprechung; vgl. dazu auch Präsidialentscheid B 2015/300 vom 30. November 2015 E. 2.2.2, www.gerichte.sg.ch).

2.4. Denkbar ist, dass die Beschwerdeführerin das in den Ausschreibungsunterlagen für die Bezeichnung der Wendung „mehr als“ verwendete mathematische Zeichen „>“ falsch gelesen oder interpretiert hat. Allerdings hätte der Beschwerdeführerin aufgrund des Auftragsvolumens in der Grössenordnung von CHF 100'000 einerseits und des Eignungskriteriums „vergleichbarer“ Referenzobjekte klar sein müssen, dass nach Referenzobjekten mit Auftragssummen von über CHF 50'000 gefragt war. Die Beschwerdeführerin hat sich sodann mit der Einreichung des Angebots ausdrücklich damit einverstanden erklärt, dass Referenzen, welche die Kriterien hinsichtlich Alter und Volumen nicht erfüllten, nicht bewertet würden.

Hätte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Möglichkeit geboten, ihre Offerte mit Angaben zu Referenzobjekten zu ergänzen, welche die Anforderungen hinsichtlich Alter und Volumen erfüllten, hätte dies zwar nicht zu einer Änderung des Angebots hinsichtlich der offerierten Leistungen und des offerierten Preises geführt. Die Beschwerdeführerin hat keine Referenzobjekte bezeichnet, welche die Grundkriterien hinsichtlich Alter und Auftragsvolumen erfüllen. Vorliegend geht es deshalb nicht bloss darum, nachträgliche Angaben zu unverrückbar feststehenden Details einzelner Referenzobjekte zu machen, sondern um die Möglichkeit, ein eingereichtes Angebot mit der Angabe neuer Referenzobjekte zu ergänzen. Drei von vier Anbietern haben sodann keine Liste mit zwei bis vier zusätzlichen Referenzen eingereicht. Wäre die Vergabebehörde aber gehalten, bei fehlenden Referenzangaben oder Referenzangaben, welche die verlangten Grundvoraussetzungen nicht erfüllten, jeweils nachzufragen, ob es sich um einen Fehler handle, würde sich das Vergabeverfahren – jedenfalls bei komplexeren Gegenständen und zahlreichen Anbietern – in einer unzumutbaren Weise komplizieren. Die Verpflichtung der Vergabebehörde, Referenzangaben unter Beachtung des Gebots der Gleichbehandlung der Anbieter verbessern zu lassen, hätte im vorliegenden Vergabeverfahren zur Folge, dass sie einerseits der Beschwerdeführerin die nachträgliche Angabe bewertbarer Referenzen und andererseits zumindest für den Fall, dass einzelne der jeweils drei angegebenen



St.Galler Gerichte

Referenzen nicht hätten abgefragt werden können, die Einreichung der Liste hätte ermöglichen müssen. Die Vorinstanz hat sich deshalb jedenfalls nicht überspitzt formalistisch verhalten, wenn sie sich bei der Beschwerdeführerin nicht nach anderen Referenzangaben erkundigte.

Angesichts des für die Vorinstanz möglichen zusätzlichen Abklärungsaufwandes, der im Übrigen nicht auf Unklarheiten in ihren Einladungsunterlagen zurückzuführen ist, ergibt sich, dass sie sich nicht überspitzt formalistisch verhalten hat, wenn sie die von der Beschwerdeführerin genannten Referenzen nicht bewertet hat und ihr keine Möglichkeit gab, nachträglich Referenzobjekte mit einem Auftragsvolumen von mehr als CHF 50'000 zu bezeichnen.

2.5. Schliesslich könnte auch die Bewertung der eigenen Erfahrung der Vorinstanz mit der Beschwerdeführerin nicht dazu führen, dass deren Angebot als das wirtschaftlich günstigste den Zuschlag erhalte. Die Beschwerdeführerin gab im Beschwerdeverfahren einen ihr von der Vorinstanz erteilten Auftrag mit einem Volumen von über CHF 50'000 an. Würde diese Referenz für alle Unterkriterien (Qualität der Ausführung, Einhaltung der Termine, Einhaltung der Kosten, Teamleiter in der Vorbereitung, Teamleiter in der Ausführung) mit der Bestnote von 4 bewertet, ergäben sich 20 Punkte. Für die weiteren beiden geforderten Referenzobjekte ginge die Beschwerdeführerin weiterhin leer aus, so dass sich eine durchschnittliche Punktzahl von 6,67 (20 / 3) und damit für die Referenzen die Note 1 ergäbe (vgl. act. 7.4 und 7.5). Bei einer Gewichtung des Referenzkriteriums mit 33 Prozent würde sich die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin um 0.33 von 2,68 auf 3.01 gewichtete Punkte erhöhen. Es läge damit aber immer noch um 0.48 hinter dem mit 3.49 gewichteten Punkten bewerteten Angebot der Beschwerdegegnerin zurück.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 2'500 – darin enthalten auch die Kosten der Zwischenverfügung vom 15. Oktober 2015 – erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000 ist anzurechnen. Ausseramtliche Kosten sind



mangels eines entsprechenden Antrags der Beschwerdegegnerin nicht zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 105 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO; BGE 139 III 334 E. 4.3).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

- 1.** Die Beschwerde wird abgewiesen.

- 2.** Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'500 unter Anrechnung ihres Kostenvorschusses von CHF 2'000.

- 3.** Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer