



Fall-Nr.: B 2015/29
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 10.02.2020
Entscheiddatum: 06.03.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 06.03.2015

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Bei einer Bewertungsdifferenz der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin von lediglich 0,2 von 100 möglichen Punkten, war das Kriterium der Lehrlingsausbildung für den Zuschlag entscheidend. Die Vergabebehörde ging für die Beschwerdeführerin von 12 Lernenden aus; in den Akten liegt eine Liste, welche 11 Lernende ausweist. Bei der Beschwerdegegnerin ging die Vergabebehörde von fünf Lehrverhältnissen aus, wobei sich aus den Akten ergibt, dass eines dieser Lehrverhältnisse im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots zwar vereinbart, der Lernende im Betrieb aber noch nicht tätig war. Da sich diese Differenz zugunsten eines Zuschlags an die Beschwerdeführerin auswirken kann, erscheint die Beschwerde als ausreichend begründet, so dass ihr die aufschiebende Wirkung zu gewähren ist (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/29).

Verfügung vom 6. März 2015

Verfahrensbeteiligte

STRABAG AG, Zweigniederlassung Weinfelden, Walkestrasse 101, 8570 Weinfelden,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Politische Gemeinde Uzwil, Gemeinderat, 9240 Uzwil,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr.iur. Bettina Deillon-Schegg, factum advocatur,
Davidstrasse 1, Postfach 635, 9001 St. Gallen,

und

Zani Strassenbau AG, Zweigniederlassung Oberuzwil, Flawilerstrasse 32, 9242
Oberuzwil,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Erneuerung Stettenstrasse und Neubau Radweg (Strassenbauarbeiten)

Der Präsident stellt fest:

Mit Beschwerde vom 23. Februar 2015 hat die STRABAG AG (Zweigniederlassung Weinfeld; Beschwerdeführerin) den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Uzwil (Vorinstanz) am 3. Februar 2015 verfügten und am 12. Februar 2015 versandten Zuschlag für die Strassenbauarbeiten im Rahmen der Erneuerung der Stettenstrasse und des Neubaus des Radwegs an die Zani Strassenbau AG (Zweigniederlassung Oberuzwil; Beschwerdegegnerin) beim Verwaltungsgericht angefochten und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 24. Februar 2015 superprovisorisch den Abschluss des Vertrags. Die Vorinstanz beantragte durch ihre Rechtsvertreterin mit Vernehmlassung vom 2. März 2015, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Auf die Ausführungen zur Begründung der Anträge der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz sowie die Akten, welche die Vorinstanz dem Gericht am 2. März 2015 einreichte, wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:



St.Galler Gerichte

1. Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde.

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

2.1. Indem die Beschwerdeführerin die aufschiebende Wirkung, die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie selbst beantragt, macht sie sinngemäss geltend, der Abschluss des Vertrags über die der Beschwerdegegnerin zugeschlagenen Arbeiten dränge zeitlich nicht. Ebenso wenig führt die Vorinstanz umgekehrt ausdrückliche öffentliche – oder private – Interessen an einem umgehenden Vertragsschluss an, welche über die der Regelung in Art. 17 Abs. 2 IVöB zugrunde liegende Interessenlage hinausgehen. Da Gegenstand der Ausschreibung die Sanierung einer bestehenden Strasse und der Neubau eines Radweges ist, die regelmässig mit langen Planungsphasen verbunden und zeitlich weniger dringlich sind, als Beschaffungen, deren Aufschub die unmittelbare Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens in Frage stellen, erscheinen die öffentlichen Interessen an einer raschen Realisierung des Projekts im Rahmen der hier vorzunehmenden summarischen Prüfungen nicht besonders schwerwiegend. Entsprechende private Interessen werden nicht geltend gemacht und sind nicht ersichtlich.

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdeführerin hat neben dem nach Einheitspreisen kalkulierten Angebot mit einem Angebotspreis von CHF 2'357'850.55 ein um CHF 207'850.55



St.Galler Gerichte

reduziertes Pauschalangebot über CHF 2'150'000 eingereicht. Sie beanstandet, dass die Vorinstanz "Unternehmervarianten" nicht berücksichtigt habe. Aufgrund der unklaren Ausschreibung habe sich die Beschwerdeführerin – wie mehrere andere Unternehmer – veranlasst gesehen, sowohl eine Offerte nach Ausmass als auch ein Pauschalangebot zu unterbreiten. Deshalb müssten sämtliche Angebote berücksichtigt werden. Jedes andere Handeln wäre willkürlich. Die Vorinstanz geht demgegenüber von einer klaren Ausschreibung aus. Der Verweis in der Ausschreibung auf die Unterlagen sei zulässig und der Regelfall. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrer Unterschrift unter dem Angebot die besonderen Bestimmungen und Verfahrensbestimmungen anerkannt. Der Devis sei nach dem Normpositionskatalog (NPK) aufgebaut gewesen. Deshalb sei klar zu Einheitspreisen zu offerieren gewesen. Mit den Pauschalangeboten sei etwas anderes offeriert worden als ausgeschrieben. Die Anbieter der eingereichten vier Pauschalangebote hätten wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften des Vergabeverfahrens auch ausgeschlossen werden dürfen.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn der Anbieter wesentliche Formvorschriften dieser Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt. Vorbehältlich abweichender Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen ist der Auftraggeber gemäss Art. 27 Abs. 2 und 3 VöB nicht verpflichtet, Varianten und Teilangebote zu berücksichtigen. Das Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St. Gallen geht von einem Variantenbegriff aus, der Projektvarianten (inhaltlich von den Ausschreibungsunterlagen beziehungsweise vom Leistungsverzeichnis abweichende Ausführung) und Ausführungsvarianten (von den Vorgaben abweichende Ausführungsmethode) umfasst (www.beschaffungswesen.sg.ch, Vergabeverfahren/Antrag auf Teilnahme und Angebot/Varianten Ziffer 2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es nicht willkürlich, wenn ein abweichendes Vergütungsangebot als Unternehmervariante qualifiziert wird. Ob das Pauschalangebot als Vergütungsmodus oder aber als Variante behandelt wird (vgl. zu den unterschiedlichen Auffassungen VPB 2006 Nr. 51 E. 4b/cc), kann offen bleiben, wenn sich aus der Ausschreibung samt Ausschreibungsunterlagen keine Verpflichtung zu deren Berücksichtigung ergibt.



In Ziffer 2.8 der Ausschreibung vom 24. November 2014 wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, Varianten würden nicht zugelassen. Soweit das Pauschalangebot der Beschwerdeführerin als Variante im Sinn dieser Vorgabe behandelt wird, ist die Nichtberücksichtigung nicht zu beanstanden. Ob das Pauschalangebot im Sinn einer Zahlungsmodalität zum zugrunde liegenden Angebot nach Ausmass hätte berücksichtigt werden müssen, ist fraglich. In den Ausschreibungsunterlagen umschreibt Ziffer 1.2 der allgemeinen Bestimmungen das Leistungsverzeichnis. Danach gelten "für die einzelnen Positionen" "Texte und Interpretationen des VSS-/CRB-Normenpositionskataloges (Volltext)". Der Unternehmer hat "in die Einheitspreise alles einzurechnen, was für die fachgerechte, vollständige und zeitgerechte Ausführung der Arbeiten notwendig ist". Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich damit, dass die Vorinstanz ein Angebot gestützt auf einen detaillierten Devis erwartete. Zwar schloss sie damit Pauschalangebote nicht ausdrücklich aus. Im Gegensatz zum Angebot nach Ausmass beinhaltet das Pauschalangebot für die Vergabebehörde jedoch das Risiko, dass die Auftraggeberin den Pauschalpreis schuldet, obwohl die Abrechnung nach den offerierten Einheitspreisen nach Erstellung des Werks aufgrund von Mengenabweichungen einen Preis unterhalb der Pauschale ergäbe. Auch wenn die Beschwerdeführerin mit dem Pauschalpreis nicht eine Projekt- oder Ausführungsvariante einreichte, veränderte sie die Zahlungsmodalitäten in einer Weise, welche für die Vorinstanz mit dem Risiko verbunden ist, dass ein nach Ausmassen berechnetes Angebot nach Ausführung billiger geworden wäre als das billigste Pauschalangebot.

2.2.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz ihr tieferes Einheitspreisangebot beim Preiskriterium gleich bewertet habe wie jenes der Beschwerdegegnerin. Gehe die Vorinstanz bei der Beschwerdeführerin von einem Preis von CHF 2'357'850.55 aus – was sie allerdings nicht akzeptiere – bestehe zum Preis des berücksichtigten Angebots eine Differenz von CHF 11'157. Lügen, wie die Vorinstanz selbst ausführt, die Angebote sehr nahe beieinander, sei den einzelnen Kriterien umso mehr akribisch Rechnung zu tragen. Nach Auffassung der Vorinstanz wurden die beiden Angebote nicht gleich bewertet. Die angewandte Formel $[\text{Maximalpunktzahl} \times \text{tiefster Offertpreis} / \text{Offertpreis des Angebots}]$ sei zulässig und gängig. Die vom Angebot der Beschwerdeführerin erreichte Punktzahl habe entsprechend der Gewichtung des Preiskriteriums zu 58 gewichteten Punkten geführt.



Dass das Angebot der Beschwerdegegnerin in der zusammenfassenden Tabelle der Zuschlagsverfügung in der Spalte "Punkte" zunächst ebenfalls mit 10,0 Punkten aufgeführt worden sei, sei auf den Umstand der Rundung auf eine Stelle nach dem Komma zurückzuführen. Bei der Gewichtung sei das teurere Angebot der Beschwerdegegnerin indessen mit 57,7 Punkten bewertet worden.

Aus der Bewertungsmatrix, welche in der angefochtenen Verfügung wiedergegeben wird, wird ersichtlich, dass in der für die Rangierung ausschlaggebenden Gesamtbewertung das Angebot der Beschwerdeführerin beim Preiskriterium mit 58 und jenes der Beschwerdegegnerin mit 57,7 gewichteten Punkten berücksichtigt wurde. Insoweit schlug sich die – geringfügige – Preisdifferenz in der Bewertung durchaus nieder. Bei der Gewichtung der Punkte wurde also nicht bei beiden Angeboten mit der Benotung von zehn, sondern – wie sich aus dem Offertvergleich mit den auf drei Stellen nach dem Komma ausgewiesenen Benotungen ergibt (vgl. act. 7/3) – mit den genaueren Werten gerechnet.

2.2.3. Beschwerdeführerin und Vorinstanz gehen übereinstimmend davon aus, dass das Kriterium der Lehrlingsausbildung für den Zuschlag entscheidend war. Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, die Vorinstanz habe die Verhältnisse bei den einzelnen Anbietern nicht klar und deutlich offen gelegt. So sei unklar, ob bei ihr die gesamtschweizerische – 6 Prozent – oder die ostschweizerische – 8,1 Prozent – Verhältniszahl berücksichtigt worden sei. Gemäss der Aufstellung der Vorinstanz müsste die Beschwerdegegnerin einen Drittel mehr Lehrlinge beschäftigen als die Beschwerdeführerin. Das sei unwahrscheinlich, da bei 110 Beschäftigten 13 Lehrlinge beschäftigt sein müssten. Die Vorinstanz hält dem entgegen, es seien die von den Anbietern in der Spalte "Total Unternehmen" gemachten Angaben zu Grunde gelegt und die Anzahl Lehrlinge ins Verhältnis zum Gesamtpersonalbestand gesetzt worden. Das habe eine Spanne zwischen 18,5 und 7,5 Prozent ergeben.

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Berücksichtigung des Lehrlingskriteriums und dessen Gewichtung mit lediglich zwei Prozent zu Recht nicht. Der höchste Lehrlingsanteil bei den eingereichten Angeboten beträgt 18,5 Prozent und wurde mit der maximalen Punktzahl bewertet (act. 7/4). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, für die Bewertung mit der maximalen Punktzahl hätte im Sinn einer



geschlossenen Skala von einem höheren Lehrlingsanteil ausgegangen werden müssen (vgl. dazu M. Lanter, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht, in: ZBl 114/2013 S. 599 ff., S. 605 ff.).

Ausgangslage für die Bewertung ist gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Unternehmerangaben, lit. C Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) der Personalbestand im Zeitpunkt der Angebotsabgabe. Die Beschwerdeführerin hat auf den Personalbestand in ihren Zweigniederlassungen Weinfelden, Schaffhausen und Amriswil abgestellt. Danach waren von 137 Angestellten 12 Lehrlinge (8,8 Prozent; act. 2/5 Seite 2). In der Liste "Lernende / Stand Dezember 2014" werden für diese Standorte 11 Lernende aufgeführt (8,0 Prozent; act. 2/8). Die Beschwerdegegnerin ist in ihrem Angebot von 4 Lernenden bei 40 Angestellten ausgegangen (10 Prozent; act. 7/2 Seite 2). Bei der Bewertung ging die Vorinstanz gestützt auf die eingereichten Lehrverträge von fünf Lehrverhältnissen aus (12,5 Prozent; act. 7/4 in Verbindung mit 6-10). Im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots war das fünfte Lehrverhältnis zwar vereinbart, der Lernende im Betrieb der Beschwerdegegnerin allerdings noch nicht tätig (Beginn der Ausbildung am 1. August 2015; act. 7/10).

Die Differenz bei der Bewertung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin beträgt gemäss der Bewertungsmatrix bei einem Maximum von 100 Punkten lediglich 0,2 Punkte (Beschwerdeführerin 98,9; Beschwerdegegnerin 99,1; act. 7/3). Beim Lehrlingskriterium beträgt die Differenz 0,5 Punkte (Beschwerdeführerin 0,9; Beschwerdegegnerin 1,4; act. 7/4). Wird auf die detaillierten Angaben der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zur Zahl der Lehrlinge abgestellt, verändert sich die Bewertung: Bei einem Lehrlingsanteil von 8,0 Prozent bei der Beschwerdeführerin ergeben sich 4,32 Punkte ($8,0 : 18,5 \times 10$), gewichtet unverändert 0,9 Punkte ($4,32 \times 0,2$). Bei einem Lehrlingsanteil von 10 Prozent bei der Beschwerdegegnerin ergeben sich 5,41 Punkte ($10 : 18,5 \times 10$), gewichtet 1,1 Punkte ($5,41 \times 0,2$), das heisst 0,3 gewichtete Punkte weniger als gemäss Bewertungsmatrix. Bei dieser Ausgangslage ergibt sich eine Reduktion der Gesamtpunktzahl des Angebots der Beschwerdegegnerin auf 98,8 gewichtete Punkte ($99,1 - 0,3$). Das Angebot der Beschwerdeführerin bleibt unverändert mit 98,9 gewichteten Punkten bewertet.



St.Galler Gerichte

2.3. Da bei einer summarischen Prüfung der Vorbringen der Beschwerdeführerin die Möglichkeit besteht, dass ihr Angebot insgesamt – leicht – besser zu bewerten ist als das Angebot der Beschwerdegegnerin, erscheint die Beschwerde unter Berücksichtigung der nicht besonders schwerwiegenden privaten und öffentlichen Interessen am sofortigen Abschluss des Werkvertrags als ausreichend begründet. Das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, ist dementsprechend gutzuheissen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

3. Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis **20. März 2015** zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz erhält Gelegenheit, ihre Vernehmlassung vom 2. März 2015 **innert gleicher Frist** zu ergänzen. Nach unbenützter Frist wird Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen. Mit Blick auf die Frage der Gleichbehandlung der Anbieter ist die Vorinstanz zudem aufzufordern, dem Gericht innert gleicher Frist sämtliche Vergabeakten, insbesondere die weiteren Angebote einzureichen.

4. Die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens sind bei der Hauptsache zu belassen.

5. Für das Zwischenverfahren sind keine ausseramtlichen Entschädigungen zuzusprechen (Art. 98bis VRP).

Der Präsident verfügt:

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

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 **20. März 2015** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei



unbenütztem Ablauf der Frist wird Verzicht angenommen. Die Vorinstanz wird aufgefordert, innert gleicher Frist die vollständigen Vergabeakten einzureichen.

4. Über die amtlichen Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.
5. Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Präsident

Eugster