



Fall-Nr.: B 2017/122
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 29.06.2017
Entscheiddatum: 29.06.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 29.06.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.Vergabe Umnutzung, Umbau und Erweiterung Polizeistation Wil (Sanitär BKP25).Die Zuschlagsverfügung enthält eine genügende Begründung. Die von der Vergabebehörde vorgenommene sehr detaillierte Bewertung der Angebote verletzt das Transparenzgebot nicht und liegt im Rahmen ihres Ermessens; Unangemessenheit kann vor Verwaltungsgericht nicht geltend gemacht werden. Die tieferen Bewertungen des Angebotes der Beschwerdeführerin bei den Kriterien „Preis“, „Referenzen“ und „Lehrlinge“ sind nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erscheint nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/122).

Verfahrensbeteiligte

Paul Angele AG, Industriestrasse 15, 9552 Bronschhofen,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. David Ackermann, Forrer Lenherr Bögli & Partner,
Toggenburgerstrasse 31, 9532 Rickenbach b. Will,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Hochbauamt, Lämmli brunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegner,



und

Schönenberger & Partner AG Sanitäre Anlagen, Fliegeneggstrasse 13, 9555 Tobel,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Vergabe Umnutzung, Umbau und Erweiterung Polizeistation Wil (Sanitär BKP 25) /
aufschiebende Wirkung**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Mit Beschwerde vom 16. Juni 2017 hat die Paul Angele AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) gegen den vom Hochbauamt für das Baudepartement (Vorinstanz und Gesuchsgegner) am 8. Juni 2017 verfügten Zuschlag für die Sanitärarbeiten bei der Umnutzung, dem Umbau und der Erweiterung der Polizeistation Wil an die Schönenberger & Partner AG Sanitäre Anlagen (Beschwerdegegnerin) beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Beschwerdegegnerin hat stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet. Die Vorinstanz hat mit Vernehmlassung vom 26. Juni 2017 die Abweisung des Begehrens beantragt und die Vergabeakten eingereicht.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach



St.Galler Gerichte

Eingang der Beschwerde über die aufschiebende Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 VRP).

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. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Ersetzung der Sanitäranlagen sei nicht dringlich. Der Ausführungsbeginn Juli 2017 sei nicht als Zuschlagskriterium definiert worden und das einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende öffentliche Interesse deshalb nicht besonderes gewichtig. Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Aufträge für die Rückbauten und den Neubau seien bereits vergeben und die entsprechenden Unternehmen hätten ihre Ressourcen schon bereitgestellt.

Die Demontagen sind gemäss Teil 2 der besonderen, für die ausgeschriebene Arbeitsgattung geltenden Bestimmungen für „ca. Juli 2017“ geplant. Die Angebote waren bis 24. April 2017 einzureichen und die Offerten wurden am 26. April 2017 geöffnet. Der Antrag mit Angebotsbeurteilung des zuständigen Planungsbüros zuhanden der Vorinstanz datiert vom 9. Mai 2017. Die Zuschlagsverfügung erging am 8. Juni 2017. Mit diesem Terminplan hat die Vorinstanz die Möglichkeit einer Beschwerde gegen den Zuschlag kaum ausreichend berücksichtigt. Unter diesen Umständen erscheint das öffentliche Interesse am unmittelbaren Abschluss des Vertrags nicht als besonders erheblich.

2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Verfügung sei mangels genügender Begründung formell fehlerhaft und deshalb aufzuheben (vgl. dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1). Sodann beanstandet sie – sinngemäss – die Gewichtung des Preises



St.Galler Gerichte

(dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2) sowie die Bewertung ihres Angebots nach dem Zuschlagskriterium der Referenzen (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.3) und der Lehrlingsausbildung (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.4).

2.2.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die vorinstanzliche Begründung erschöpfe sich darin, die Referenzen seien „besser bewertet“ worden „als die Referenzen der preislich günstigsten und zweitgünstigsten Anbieterinnen“. Die Referenzobjekte der übrigen Beteiligten seien der Beschwerdeführerin nicht bekannt. In der Vergabeverfügung seien keinerlei Angaben gemacht worden, wie die Angebote diesbezüglich bewertet worden seien. Die Bewertung des offenbar entscheidenden Zuschlagskriteriums sei damit nicht ansatzweise nachvollziehbar offen gelegt worden.

Gemäss Art. 41 Abs. 3 VöB wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist (Satz 1) und enthält insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote (Satz 2). Nicht hinreichend ist eine Begründung dann, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Anbieter müssen aufgrund der Verfügung beziehungsweise deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert (vgl. VerwGE B 2014/61 vom 16. September 2014 E. 2, VerwGE B 2011/98 vom 20. September 2011 E. 1.3.2 mit zahlreichen Hinweisen).

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Preisspanne der eingereichten Angebote sowie den Preis des Angebots, welches den Zuschlag erhielt, angegeben. Sodann hat sie Ausführungen zur Bewertung insbesondere des wirtschaftlich günstigsten Angebots nach den einzelnen Zuschlagskriterien gemacht. Daraus wurde ersichtlich, dass zwei billigere Angebote nicht berücksichtigt wurden, weil die Referenzen der Zuschlagsempfängerin besser bewertet wurden. Darin kommen nicht nur die Vorteile des Angebots, welches den Zuschlag erhalten hat, sondern auch die Nachteile der weiteren bewerteten Angebote zum Ausdruck. Die Zuschlagsverfügung vom 8. Juni 2017 erscheint dementsprechend bei der gebotenen summarischen Prüfung als ausreichend begründet, so dass – wie die Beschwerdeführerin beantragt –



deren Aufhebung und die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz nicht angezeigt erscheint. Im Übrigen wird die Vergabebehörde in der Regel bereits während der laufenden Rechtsmittelfrist auf entsprechendes Gesuch hin – wozu sie gemäss Art. 41 Abs. 3 Satz 3 VöB bei Aufträgen, die internationalen Vereinbarungen unterstehen, verpflichtet ist – die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung bekannt geben.

2.2.2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern das offenbar für die Vorinstanz entscheidende Zuschlagskriterium den um 14 Prozent höheren Preis der Beschwerdegegnerin aufzuwiegen vermochte.

Die Vorinstanz hat in den Unterlagen zur Einladung die Zuschlagskriterien „Qualität“, „Referenzen“, „Preis“ und „Lehrlingsausbildung“ in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt gegeben. Bei der Bewertung hat sie die Qualität mit 40, die Referenzen mit 35, den Preis mit 20 und die Lehrlingsausbildung mit 5 Prozent gewichtet. Indem die Beschwerdeführerin sich auf ihren tieferen Offertpreis beruft, macht sie sinngemäss geltend, das Gewicht des Preises sei zu tief.

Auch wenn die Vorinstanz die konkrete Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nicht mit der Einladung bekannt gegeben hat, war aus den Unterlagen dazu, in welchen der Preis nach Qualität und Referenzen als drittes von vier Zuschlagskriterien genannt wurde, erkennbar, dass das Gewicht des Preises sich in einem Bereich von deutlich unter einem Drittel bewegen würde. Da nach dem Grundsatz von Treu und Glauben Mängel der Ausschreibung nicht mehr rügen kann, wer vorbehaltlos die Ausschreibungsunterlagen akzeptiert und diese zur Grundlage seines Angebots gemacht hat (vgl. VerwGE B 2016/44 vom 4. März 2016 E. 2.2.3, VerwGE B 2003/230 vom 23. April 2004 E. 4b/bb, B 2011/22 vom 12. April 2011 E. 2.1, B 2015/75 vom 27. Oktober 2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch; BGer 2P.222/1999 vom 2. März 2000 E. 3a mit Hinweis auf BGE 125 I 203), erscheint die Rüge einer unzulässig tiefen Gewichtung des Preises grundsätzlich als verspätet. Mit der Beschwerde gegen den Zuschlag könnte allenfalls noch gerügt werden, der Preis hätte mit – etwa – 25 statt 20 Prozent gewichtet werden müssen. Bei der Frage, ob die Beschwerde damit ausreichend begründet erscheinen würde, ist zu berücksichtigen, dass das Verwaltungsgericht auf eine Rechtskontrolle beschränkt und deshalb mit der Beschwerde die



Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden kann (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

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 2015/75 vom 27. Oktober 2015 E. 3.2, www.gerichte.sg.ch, 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. 4.1 mit Hinweis auf BGE 129 I 313 E. 9.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 880).

Die Vorinstanz begründet die Gewichtung des Preises mit lediglich 20 Prozent mit den Besonderheiten des konkreten Auftrags. Ob diese Umstände eine Gewichtung des Preises an der untersten zulässigen Grenze rechtfertigen, kann offen bleiben. Selbst eine Erhöhung der Gewichtung des Preises auf 30 Prozent zulasten der Gewichtung der Qualität vermöchte nichts daran zu ändern, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin mit 236 (Qualität 90, Referenzen 105, Preis 26, Lehrlinge 15) im Vergleich mit jenem der Beschwerdeführerin mit 230 (Qualität 90, Referenzen 35, Preis 90, Lehrlinge 15) Punkten wirtschaftlich günstiger ist. Insgesamt ergibt sich, dass die tiefe Gewichtung des Preises die Beschwerde bei der gebotenen summarischen Begründung nicht als ausreichend begründet erscheinen lässt.

2.2.3. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, mit den vorgelegten Referenzen habe sie zweifellos ihre einschlägige Erfahrung nachgewiesen.



St.Galler Gerichte

Bei den Referenzen waren Kontaktpersonen anzugeben. Die Anbieter erklärten zudem ausdrücklich, die „zuständigen Instanzen“ seien „ausdrücklich ermächtigt, der Beschaffungsstelle im Rahmen der Angebotsprüfung entsprechende Auskünfte zu erteilen“. Die Vorinstanz war deshalb ohne Weiteres befugt, bei den von der Beschwerdeführerin angegebenen Kontaktpersonen Auskünfte einzuholen und diese bei der Bewertung des Angebots nach dem Zuschlagskriterium der Referenzen mitzubersichtigen. In der Nutzwertanalyse hat sie das Angebot der Beschwerdeführerin bei diesem Zuschlagskriterium auf einer – für alle Zuschlagskriterien geltenden – Notenskala zwischen 0 und 3 mit der Note 1 bewertet. Die Vorinstanz hat die Vergleichbarkeit der drei von der Beschwerdeführerin bezeichneten Referenzobjekte mit dem Gegenstand der Ausschreibung nicht in Frage gestellt. Vorbehaltlos gut war einzig die Auskunft zum Bau eines Mehrfamilienhauses. Zu den beiden anderen Referenzobjekten wurden Vorbehalte angebracht. Beim Neubau eines Logistikcenters wurde die Qualität der Ausführung als genügend bis gut und die Organisation und Ordnung auf der Baustelle sowie das Kostenmanagement als genügend bewertet. Die Gesamtbeurteilung wurde als genügend beurteilt und die Frage nach einer erneuten Zusammenarbeit offen gelassen, indem sowohl „ja“ als auch „nein“ angekreuzt wurden. Beim Neubau eines Detailhandelszentrums wurden die Qualität und das Kostenmanagement als genügend und die Organisation/Ordnung auf der Baustelle als ungenügend beurteilt. Die Frage, ob die verantwortlichen Mitarbeiter kompetent waren, wurde ebenso verneint wie die Frage nach einer erneuten Zusammenarbeit. Die Abstufungen in der Skala werden für die Referenzen wie folgt umschrieben: 0 keine vergleichbaren Referenzen vorhanden, schlechte Beurteilung; 1 vergleichbare Referenzen vorhanden, insgesamt genügende Beurteilung durch Auskunftspersonen, 2 vergleichbare Referenzen vorhanden, insgesamt gute Beurteilung durch Auskunftspersonen, 3 vergleichbare Referenzen vorhanden, insgesamt gute bis sehr gute Beurteilung durch Auskunftspersonen. Davon ausgehend, dass einzig eine Referenzauskunft die Note 3 und die beiden anderen höchstens als genügend und damit mit einer Note von 0 oder 1 bewertet werden durften, erweist sich die Beschwerde deshalb jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als ausreichend begründet.



2.2.4. Die Beschwerdeführerin bringt vor, hinsichtlich des Lehrlingskriteriums – sie bilde acht Lehrlinge aus – seien ihre und die Offerte der Beschwerdegegnerin als gleichwertig zu betrachten.

Für die Bewertung der Angebote nach dem an sich vergaberechtsfremden, jedoch gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. I VöB zulässigen Kriterium der Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, insbesondere durch Lehrlingsausbildung, ist nicht auf absolute Zahlen, sondern auf das Verhältnis zwischen Lernenden und gewöhnlichen Angestellten abzustellen (vgl. VerwGE B 2012/27 vom 3. Juli 2012 E. 3.2, www.gerichte.sg.ch). Die Vorinstanz hat deshalb gestützt auf die Angaben der Anbieterinnen für die Beschwerdeführerin einen Quotienten von 0,2 (20 Prozent; 40 Beschäftigte, acht Lehrlinge) und für die Beschwerdegegnerin einen solchen von 0,32 (33 Prozent, 25 Beschäftigte, acht Lehrlinge) ermittelt. Für die Bewertung der Angebote nach diesem Zuschlagskriterium mit Noten zwischen 0 und 3 stellte sie auf die folgende Skala ab: 0 keine oder mehr als 35 Prozent, 1 1-5 oder 30-35 Prozent, 2 6-10 oder 25-29 Prozent, 3 11-24 Prozent. Eine solche Bewertung nach einer Glockenkurve ist zulässig, weil sich eine zu hohe Lehrlingsquote in einem Betrieb nicht förderlich auf die Qualität der Ausbildung auswirkt (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 3.3.2, www.gerichte.sg.ch). Das Angebot der Beschwerdeführerin erhielt dementsprechend die Note 3, entsprechend 15 gewichteten Punkten, das Angebot der Beschwerdegegnerin die Note 1, entsprechend 5 gewichteten Punkten. Die Vorinstanz hat dementsprechend das Angebot der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Zuschlagskriteriums der Lehrlingsausbildung nicht gleich, sondern besser als jenes der Beschwerdegegnerin bewertet.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde trotz der nicht sehr gewichtigen öffentlichen Interessen am umgehenden Vertragsschluss nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

4. Der Beschwerdegegnerin ist einzuladen, **bis 21. Juli 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 26. Juni 2017 gegebenenfalls zu ergänzen (in dreifacher



St.Galler Gerichte

Ausfertigung). Die Gerichtsferien gelten nicht (Art. 15 Abs. 4 IVöB). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 900 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'200 zu verrechnen; CHF 1'300 verbleiben bei der Hauptsache. Der Vorinstanz ist mangels Anspruchs und Antrags sowie der Beschwerdegegnerin, die stillschweigend auf eine Vernehmlassung verzichtet hat, mangels Antrags keine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP).

Der Abteilungspräsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Die Beschwerdegegnerin wird eingeladen, bis 21. Juli 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 26. Juni 2017 gegebenenfalls zu ergänzen (in dreifacher Ausfertigung). Die Gerichtsferien gelten nicht. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
- 3.** Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 900 unter Verrechnung mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 2'200. CHF 1'300 verbleiben bei der Hauptsache.

Der Abteilungspräsident

Zürn